Das Recht des Staates an öffentlichen Flüssen

nach römischem und deutschem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Georg Kaisenberg

aus Nördlingen

Rechtspraktikant am Stadtmagistrat München.

Approbiert am 17. Februar 1908.

München.

Druck von R. Oldenbourg.

1908.

168

Das Recht des Staates an öffentlichen Flüssen

nach römischem und deutschem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Georg Kaisenberg

aus Nördlingen

Rechtspraktikant am Stadtmagistrat München.

Approbiert am 17. Februar 1908.

München.

Druck von R. Oldenbourg.

1908.

Referent:
Universitätsprofessor Dr. Rieker.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Teil: Römisches Recht.

Seite

I. Stellung der flumina publica innerhalb des Rechtssystems 1

II. Die res publicae im allgemeinen.

1. Die Keller-Iheringsche Theorie 2
2. Die Eigentumstheorie 7
3. Die Theorie Eiseles 10

III. Das flumen publicum im besonderen.

1. Unter der Hoheitstheorie 11
2. Unter der Eigentumstheorie 14

Zweiter Teil. Deutsches Recht.

I. Älteres deutsches Recht.

1. Die germanische Wasserallmende 20
2. Die Regalität der öffentlichen Flüsse 24

II. Der heutige Rechtszustand.

1. Allgemeines 29
2. Römisches Recht als geltendes Recht in Deutschland . . . 29
3. Das Recht im Königreich Sachsen 30
4. Die neueren Partikularrechte.
   - A. Überblick über die Systeme der Landesgesetze . . . 31
   - B. Eigentum des Staates am öffentlichen Flusse als Ganzem.
     - a) Das Allgemeine Landrecht Preufsens 32
     - b) Das französische Recht 35
     - c) Das bayerische Recht.
       - α) Das Recht vor 1852, insbesondere das Bayerische Landrecht 37
       - β) Das Wasserbenützungsgesetz von 1852 . . . 39
       - γ) Das Wassergesetz von 1907 43
     - d) Das badische Recht 46
     - e) Das Recht in den Herzogtümern Oldenburg und Anhalt 47

Seite

C. Eigentum des Staates am Flufsbette öffentlicher Flüsse.
a) Das Recht im Grofsherzogtum Hessen 47
b) Das Recht in Elsafs-Lothringen und Oldenburg-Birkenfeld 49
D. Der öffentliche Flufs als Gemeingut nur unter dem Hoheitsrechte des Staates.
a) In Braunschweig 51
b) In Württemberg 52
III. Öffentlich- oder privatrechtliches Eigentum an den öffentlichen Flüssen? 54
IV. Bedeutung des öffentlichen Gebrauchs für das Flufseigentum 62

Literaturverzeichnis.

Amira, Grundrifs des germanischen Rechts, 2. Aufl. 2. Abdruck, Strafsburg 1901.

Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäfsige Handhabung der Staatsgewalt, Verwaltungsarchiv V S. 1 ff.

Åström, Über das Wasserrecht in Nord- und Mitteleuropa, eine systematische Darstellung vom Gesichtspunkte des schwedischen Grundeigentumsrechts, Leipzig und Lund 1905.

Aron, Das Gesetz betreffend die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuches in Elsafs-Lothringen, Strafsburg 1899.

Bansi, Die Gebietshoheit als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt, Annalen des Deutschen Reichs 1898 S. 641 ff.

Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft I S. 261 ff., II S. 51 ff.

Die Baseler Teilungssache. Aarau 1834. (Anonym erschienen; Verfasser Friedrich Ludwig von Keller.)

Becher, Das rechtsrheinisch-bayerische Landescivilrecht und Landescivilprozefsrecht, München 1896, Bd. I.

Berchtold, Besprechung von 1) Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen; 2) Kappeler, Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XIII S. 119 ff.

Bezzola, Über Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen mit spezieller Bezugnahme auf schweiz. Rechtszustände, Zürich. Diss. 1898.

Blume, Lachmann und Rudorff, Die Schriften der römischen Feldmesser, Bd. I Berlin 1848, Bd. II Berlin 1852.

Börner, Revision der neueren Lehren von der Zugehörigkeit der beständig fliefsenden Gewässer nach Römischem und Deutschem Rechte, Archiv für die civilistische Praxis XXXVIII S. 149 ff., 359 ff.

Born, Das Wasserpolizeirecht, Berlin 1905.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Bd. I, Erlangen 1873.

Brückner, Das deutsche Wasserrecht, Annalen des Deutschen Reichs 1877 S. 1 ff.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892.

Buchka, Landesprivatrecht der Grofsherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz, Erg.-Bd. V zu Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1905.

Burchardi, Alluvionsrecht in Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht I S. 97 ff.

Burkhard, Zur Lehre vom öffentlichen Gute nach gemeinem und österreichischem Rechte, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart XV S. 611.

Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, Mannheim 1892.

Davidson, Der Rechtsschutz des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Sachen, Gött. Diss. 1889.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preufsens, Bd. III, 2. Aufl., Halle 1901.

—, Pandekten, 6. Aufl., Bd. I.

—, Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen, Halle 1862.

Dittmann, Zivilistische Bemerkungen zum bayerischen Wassergesetz von 1907, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern IV S. 4 ff., 34 ff.

Dorner-Seng, Badisches Landesprivatrecht, Erg.-Bd. IV zu Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1906.

Dronke, Rheinisches Privatrecht, II. Teil, Leipzig 1901.

Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht, Basel 1873.

Elvers, Das Recht des Wasserlaufes, nach seinen leitenden Prinzipien und in seinen einzelnen Bestimmungen aus den Quellen des Römischen Rechts dargestellt, in Themis N. F. I S. 413 ff.

Eymann, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern vom 23. März 1907, Bd. I, Ansbach 1908.

Frank, Über öffentliche und Privatgewässer, Verwaltungsarchiv I S. 61 ff.

Fritsch, Jus fluviaticum Romano-Germanicum tripartitum, Pars I, Jena 1672.

Gareis, Allgemeines Staatsrecht in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1. Bd., 1. Halbbd., Freiburg 1887.

Geffcken, Zur Geschichte des deutschen Wasserrechts, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte XXI (Germ. Abt.) S. 173 ff.

Gengler, Deutsches Privatrecht, 4. Aufl., Erlangen und Leipzig 1892.

Georgi, Der sächsische Entwurf eines Wassergesetzes, Leipzig 1907.

Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, Bd. I u. III.

—, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Leipzig 1905.

Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg., Leipzig 1899.

Haller, Württembergisches Wassergesetz, Stuttgart 1902.

Hampe, Das partikulare Braunschweigische Privatrecht, 2. Aufl., Braunschweig 1901.

Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1899.

Harster-Cassimir, Kommentar zum Bayer. Wassergesetze vom 23. März 1907, München 1908, 1. Lieferung S. 1—80.

Hegelmaier, Grundeigentum im öffentlichen Recht, Tüb. Diss. 1891.

Heimbach, Artikel »Wasserrecht« in Weiskes Rechtslexikon XIV.

Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Rechte, Iherings Jahrbücher VII S. 179 ff.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. I, Leipzig 1885.

Hirsekorn, Über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, Berl. Diss. 1879.

Hölder, Besprechung von Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XVI S. 443 ff.

Huber, Die Wassergesetze Elsafs-Lothringens, Mannheim und Strafsburg 1877.

Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900.

—, Besprechung von Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv V S. 304 ff.

—, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.

Ihering, Geist des römischen Rechts, 4. Aufl., Teil III, 1. Abt.

—, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel, Vermischte Schriften, Leipzig 1879, S. 103 ff.

—, Der Zweck im Recht, 3. Aufl., Bd. I.

Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts, Diss. Zürich 1867.

Kisch, Elsafs-Lothringisches Landesprivatrecht, Erg.-Bd. II zu Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1905.

Klofs, Sächsisches Landesprivatrecht, Erg.-Bd. III zu Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1904.

Koch, Allgemeines Landrecht für die Preufsischen Staaten, 8. Aufl., Bd. IV, Berlin u. Leipzig 1886.

Kreittmayr, Anmerckungen über den Codicem Juris Bavarici Judiciarii, München 1754.

—, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, 2. Teil, München 1761.

Krische, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach Sächsischem Rechte, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozefs V S. 465 ff.

Küchler, Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Grofsherzogtums Hessen, 3. Aufl., Bd. IV, Darmstadt 1896.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Berlin 1899.

Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes, Leipzig 1902.

Leuthold, Das Wasserrecht im Königreich Sachsen, Leipzig 1892.

Linckelmann-Fleck, Das Hannoversche Privatrecht nach dem Inkrafttreten des BGB., Hannover 1903.

v. Luck und Witten, Das Recht auf Sand und Steine in öffentlichen Flüssen nach gemeinem und preufsischem Recht, Erl. Diss. 1899.

Mandry, Das württembergische Privatrecht, Bd. II, 2, Tübingen und Leipzig 1901.

Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung, München 1854.

Mayer Otto, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, Strafsburg 1886.

—, Artikel »Ströme« in Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts II S. 190 ff.

—, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, Leipzig 1896.

—, Eisenbahn und Wegerecht im Archiv für öffentliches Recht XVI S. 38 ff.

Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Wasserrechts, München 1901.

Meyer Georg, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, 2. Aufl., Teil I.

Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 7. Aufl., Bd. I, Regensburg 1847.

Müller, Das Flufswasser steht im Eigentum! Erl. Diss. 1899.

Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Wasserrechts, Berlin 1881.

Näf, Das Wasserrecht im Grofsherzogtum Baden, Lahr 1883.

Nieberding, Wasserrecht und Wasserpolizei im preufsischen Staate, 2. Aufl., ed. Frank, Breslau 1889.

Nieder, Wassergesetz für Württemberg, Ellwangen 1902.

Nöldeke, Hamburgisches Landesprivatrecht, Erg.-Bd. VI zu Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1907.

Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht, Erg.-Bd. I zu Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1903.

Ossig, Römisches Wasserrecht, Leipzig 1898.

Pernice, Marcus Anstitius Labeo, Bd. I, Halle 1873.

—, Die sog. res communes omnium, in der Festgabe für Heinrich Dernburg zum 50 jährigen Doktorjubiläum, überreicht von der Juristenfakultät der Universität Berlin, Berlin 1900, S. 125 ff.

Peterka, Das Wasserrecht der Weistümer, Prag 1905.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., Bd. VI, Berlin 1905.

Pözl, Die bayerischen Wassergesetze vom 28. Mai 1852, Erlangen 1862, 2. Aufl., Erlangen 1880.

Randa, Das Eigentumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neueren Gesetzbücher, Erste Hälfte, Leipzig 1884.

Rausnitz, Das Recht an den öffentlichen Flüssen nach dem preufsischen Allgemeinen Landrechte, Gruchots Beiträge XXXIX S. 525 ff.

Regelsberger, Pandekten, Bd. I, Leipzig 1893.

Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession, München 1889.

Riemann, Das Wasserrecht der Provinz Schlesien, 2. Aufl., Breslau 1907.
Rifsmann, Das Wasserrecht nach gemeinem und Königlich Sächsischem Recht, 2. Aufl., Dresden.
Rosenfeld, Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen nach heutigem gemeinen Recht und nach Partikularrecht, Rostock. Diss. 1899.
Roth, Bayerisches Zivilrecht, Erster Teil, 1. Aufl. Tübingen 1871, 2. Aufl. Tübingen 1881; Dritter Teil, 1. Aufl. Tübingen 1875.
Schelhafs, Das Nachbarrecht nach gemeinem Rechte und heutiger Praxis, Würzburg 1863.
Schenck, Zur Wasserrechtsfrage, Wiesbaden 1860.
Schenkel, Artikel »Wasserbenutzung« in Holzendorffs Rechtslexikon, 3. Aufl. Bd. III S. 1244.
—, Das badische Wasserrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1902.
Schmidt, Vorlesungen über das in dem Königreich Sachsen geltende Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1869.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl.
—, Die Franken und ihr Recht, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte N. F. II (Germ. Abt.) S. 1 ff.
—, Über die fränkischen Formelsammlungen, Zeitschrift für Rechtsgeschichte N. F. IV (Germ. Abt.) S. 75 ff.
Schwab, Die Konflikte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benützung der letztern zum Maschinenbetriebe, Beilageheft zum Archiv für die Civilistische Praxis XXX.
Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873.
—, Bayerisches Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. II.
Stengel, Artikel »Öffentliche Sachen« in seinem Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts II S. 183 ff.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Bd. I.
Stryk, Continuatio quarta Usus Moderni Pandectarum, editio VI, 1737.
Treuenfels, Gemeingebrauch und Sonderrechte an öffentlichen Flüssen nach gemeinem Recht, Erl. Diss. 1899.
Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. IV, Kiel 1861, Bd. VIII, Kiel 1878.
Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht, Göttingen 1867.
Weber, Darstellung der sämtlichen Provinzial- und Statutarrechte des Königreichs Bayern, Bd. I, Augsburg 1838, Bd. III 1. Teil, Augsburg 1842.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. I, Frankfurt 1906.
Zachariae-Crome, Handbuch des Französischen Civilrechts, 8. Aufl., Bd. I.
Zirndorfer, Zur Lehre von der insula in flumine nata in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte IV (Roman. Abt.) S. 233 ff.
Zrodlowski, Das Römische Privatrecht, Bd. II, Prag 1880.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. II, III, IV, XXXV, XLII.

Sammlung von Entscheidungen des Kgl. bayer. Verwaltungsgerichtshofes Bd. VIII, XXV.

Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichtes für Bayern in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses, Bd. VII und XIII.

Seuffert, Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 18, 47.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Kgl. Obertribunals gelangt sind, Bd. 15, 81 und 87.

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betr. die Benützung der öffentlichen Gewässer, Verhandlungen der Württembergischen Kammer der Abgeordneten 1899, Beilagenband II S. 749 ff.

Begründung des Entwurfs eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern, Verhandlungen der bayerischen Abgeordnetenkammer 1905/06, Beilagenband I S. 509 ff.

Begründung zu dem Entwurfe eines Fischereigesetzes für das Königreich Bayern, Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1907, Beilagenband I S. 340 ff.

Verhandlungen der Kammer der Reichsräte des bayerischen Landtages, 34. Landtagsversammlung, Anhang zum Beilagenband, Nachsession (Wassergesetz) 1907.

Motive zu dem Gesetzentwurfe über die Benützung des Wassers, Beilagenband I zu den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages im Jahre 1851, S. 138 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Gesetzes betreffend das Dammbauwesen in den Gebieten des Rhein, Main, Neckar und des schiffbaren Teiles der Lahn, Beilage Nr. 318a zu den Verhandlungen der zweiten Kammer der Landstände des Grofsherzogtums Hessen in den Jahren 1885/88 (25. Landtag), Beilagenband IV, Darmstadt 1887.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899, Bd. I und III.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III, Berlin 1899.

Verhandlungen der württembergischen Kammer der Standesherren auf dem ordentlichen Landtage in den Jahren 1899 bis 1900, Protokollband.

Entwurf eines preufsischen Wassergesetzes samt Begründung. Amtliche Ausgabe, Berlin 1894.

Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Sachsen nebst Begründung, Beilageheft III zum Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozefs, Leipzig 1899.

Corpus Juris Civilis, Institutiones ed. Krueger, Digesta ed. Mommsen, Berolini 1872.

Walter, Corpus iuris Germanici antiqui, Tom. I, Berolini 1824.

Ficker, Der Spiegel deutscher Leute, Innsbruck 1859.

Homeyer, Des Sachsenspiegels erster Teil, oder das Sächsische Landrecht nach der Berliner Handschrift v. J. 1369, 3. Ausgabe, Berlin 1861.

—, Des Sachsenspiegels zweiter Teil nebst den verwandten Rechtsbüchern, Bd. II, Berlin 1844.

Lafsberg, Der Schwabenspiegel oder schwäbisches Land- und Lehenrecht-Buch nach einer Rezension vom Jahre 1287, Tübingen 1840.

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis. Neue Auflage. München 1821.

Becher, Die Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche, München 1901.

Gesetzsammlung für das Grofsherzogtum Hessen 1819 bis 1905, herausgegeben von Reh, Heyer und Gros, Bd. II, Mainz 1905.

Wolff, Sammlung der Reichs- und Landesgesetze für das Herzogtum Braunschweig, 2. Aufl., Bd. I, Braunschweig 1900.

Forschungen zur deutschen Geschichte, herausgegeben durch die historische Kommission bei der Kgl. bayer. Akademie der Wissenschaften, Bd. 10, Göttingen 1870.

Böhmer, Die Regesten des Kaiserreichs unter den Karolingern, ed. Mühlbacher, Bd. I, Innsbruck 1889.

Weiland, Monumenta Germaniae Historica, Legum Lectio IV, Tom. I.

Erster Teil.

Römisches Recht.

I. Stellung der flumina publica innerhalb des Rechtssystems.

Die Wasserläufe scheiden sich bei den Römern in öffentliche und private. Das unterscheidende Merkmal der Öffentlichkeit der Flüsse bildet die Perennität[1]).

Ulpianus l. 1 § 3 D. de fluminibus 43, 12: fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis[2]).

An den öffentlichen Flüssen bestand Gemeingebrauch.

---

1) Dernburg, Pandekten § 73; Hesse in Iherings Jahrbücher VII S. 181; Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen S. 19; Hirsekorn, Über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch S. 27.

2) Ossig (Römisches Wasserrecht § 1) bestreitet, dafs Ulpian bei seiner Erörterung beabsichtigte, eine scharfe, für die Bestimmung des rechtlichen Charakters jedes einzelnen Wasserlaufes mafsgebende Definition des öffentlichen Flusses zu geben und spricht der Anschauung, dafs bei den Römern die Scheidung der Wasserläufe in öffentliche und nicht öffentliche durch Gesetz oder Theorie unter Festlegung bestimmter Merkmale eingeführt worden sei, tatsächliche Unterlage ab (l. c. S. 5). Lediglich die innere Wahrscheinlichkeit spreche dafür, dafs der Gedanke, dafs die bedeutenderen Wasserläufe nach ihren natürlichen Eigenschaften der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind, in der Weise Verwirklichung fand, dafs die Allgemeinheit alle diejenigen einzelnen Wasserläufe, welchen sie eine solche natürliche Bestimmung zuschrieb, für sich in Anspruch nahm (l. c. S. 7).

l. 4 § 1 D. 1, 8: Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.

l. 5 pr. eod.: Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis.

Als einem ausgedehnten Gemeingebrauche gewidmet, standen die flumina publica aufserhalb des Privatverkehrs, sie waren res extra commercium, anderseits gehörten sie zu den sogenannten res publicae.

l. 6 pr. D. 18, 1: — quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habentur, ut est campus Martius.

l. 1 pr. D. 1, 8: Res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae, quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur.

II. Die res publicae im allgemeinen.

1. Die Keller-Iheringsche Theorie.

In der Doktrin galt früher allgemein und unwidersprochen die Ansicht, dafs die res publicae publico usui destinatae im Eigentum des Staates bzw. der Gemeinden standen[1]).

In den Gründen des Urteils des eidgenössischen Schiedsgerichts vom 19. November 1833 über die Rechtsfrage, ob und inwiefern die um die Stadt Basel befindlichen Festungswerke zu dem in Teilung fallenden Staatsvermögen gehören, war ausgeführt worden, dafs unter den res publicae ein wesentlicher Unterschied bestehe zwischen solchen, welche als einfaches fiskalisches Eigentum erscheinen und in dieser Eigenschaft gleich jedem Privateigentum dem bürgerlichen Verkehr unterliegen

1) Burkhard in Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht XV S. 613; vgl. die Zusammenstellungen bei Dernburg, Rechtsgutachten S. 7 und Hirsekorn a. a. O. S. 10; Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil S. 363: »Res publicae in sensu stricto bedeuten bei den Römern solche Sachen, deren Eigentum zwar dem Staate, der Gebrauch aber jedermann in der Welt zustunde, z. E. öffentliche Strafsen, Flüss und Seehäfen. Und diese letztere heifsen bey denen Authoribus eigentlich Res publicae in specie sic dictae.«

und solchen, welche dem bürgerlichen Verkehr entzogen und desselben unfähig sind[1]). Während die der ersteren Klasse angehörenden Sachen im Eigentum des Staates ständen, gestalte sich bei denjenigen der letzteren hingegen das Recht des Staates zu einem reinen Hoheitsrechte[2]). Verfasser dieses Urteils war der Obmann des Schiedsgerichts: Friedrich Ludwig Keller[3]).

Gegen Ende der fünfziger Jahre trat abermals der Kanton Basel-Land mit Ansprüchen auf die inzwischen gröfstenteils geschleiften Festungswerke hervor und stützte sich auf einen in dem Urteil vom Jahre 1833 enthaltenen Vorbehalt[4]). Die streitenden Parteien forderten von namhaften Rechtsgelehrten Gutachten ein, welche in der Frage nach dem Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu ganz entgegengesetzte und voneinander abweichende Ansichten äufserten und eine lebhafte Kontroverse in der Rechtswissenschaft hervorriefen.

Keller, der Verfasser des Schiedsurteils von 1833, sprach sich in seinem Gutachten dahin aus, dafs »die dem Staate unzweifelhaft zustehende Herrschaft über die res extra commercium — öffentliche Gewässer, Brücken, Strafsen, öffentliche Plätze u. dgl. — keine privatrechtliche, kein Eigentum sei, sondern vielmehr zu den Souveränitätsrechten gehört und insbesondere einen Bestandteil seiner Polizeigewalt ausmacht«[5]). Mit der Eigenschaft einer res extra commercium vertrage sich durchaus nicht ein Eigentum des Staates an den res publicae und die Römer trennten scharf res publica und res quae est in pecunia populi in dem Sinne, dafs lediglich an letzterer Staatseigentum bestehe[6]).

An Keller lehnt sich Ihering sowohl in seinem Gutachten über den Baseler Schanzenstreit[7]), als auch in anderen

1) Die Baseler Teilungssache S. 236.

2) Die Baseler Teilungssache S. 237.

3) Ihering, Vermischte Schriften S. 103 und Note 1 daselbst.

4) Ihering a. a. O. S. 105 ff.

5) Layer, Principien des Enteignungsrechtes S. 617; Otto Mayer, Verwaltungsrecht II S. 64 Anm. 8.

6) Keller, Pandekten S. 119.

7) Ihering, Vermischte Schriften S. 103 ff.

Werken an. Nach ihm schliefst das römische Recht, indem es die res publicae als res extra commercium bezeichnet[1]) und sie dem Gemeingebrauch überläfst[2]), den Eigentumsbegriff an ihnen vollständig aus[3]). Es ist an ihnen kein Eigentum möglich, weder zugunsten der Personen, für die sie bestimmt sind, noch in der Person des Staates. Ihering will nur im uneigentlichen Sinn von einem Eigentum des Staates an den res publicae sprechen[4]) und sieht in diesem »Eigentum des Staates« nur die Rückseite des Gemeingebrauchs; der eigentlich Berechtigte ist die Vielheit der Individuen, die sich ihrer bedienen, die Masse, das Volk[5]), das Publikum; die Zahl der Destinatäre ist unbegrenzt und unbestimmbar[6]). Dieses Recht des Publikums an den öffentlichen Sachen ist nach Ihering ein Recht im subjektiven Sinne, welches er als »öffentliches Nutzungsrecht« oder »Recht des Gemeingebrauchs« bezeichnet[7]). Dieses Recht des Gemeingebrauchs soll den äufsersten Gegensatz zu dem Eigentum bilden[8]). Dem Staate verbleibe ein Verfügungsrecht über diese Sachen, vermöge dessen er sie ihres Charakters als »publicae«, d. h. ihrer Bestimmung, dem Gemeingebrauche zu dienen, berauben könne. Dieses Recht des Staates sei aber Hoheitsrecht[9]).

Die Ansichten von Keller und Ihering, welche neuerdings in Kuhlenbeck[10]) einen Anhänger fanden, wurden lebhaft bestritten.

1) A. a. O. S. 148.

2) A. a. O. S. 146.

3) Ähnlich bereits Elvers in Themis N. F. I S. 429.

4) A. a. O. S. 150.

5) Ihering, Der Zweck im Recht I S. 466; l. c. S. 467 wird daher auch von einem »gesellschaftlichen« oder »Volkseigentum« gesprochen.

6) Ihering, Vermischte Schriften S. 145.

7) Ihering, Vermischte Schriften S. 146.

8) Ihering, Geist des römischen Rechts S. 348.

9) Ihering, Erwiderung auf das von H. Dernburg abgestattete Rechtsgutachten, Basel 1862; vergl. bei Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu S. 20.

10) Von den Pandekten zum BGB. II S. 398 ff.

Dernburg erhob gegen Ihering vor allem den Einwand, dafs der Umstand, dafs eine Sache dem Gemeingebrauch dient, dieselbe keineswegs eigentumsunfähig macht[1]). Zum Beweise für diesen Satz bezieht er sich auf die Quellenstelle l. 5 pr. D. 1, 8[2]), wonach an den Flufsufern ebenso wie am Flusse selbst Gemeingebrauch besteht, die Flufsufer aber dem Eigentum nach denjenigen zustehen, an deren Grundstücke sie anstofsen, weshalb den Eigentümern dieser auch die an den Ufern wachsenden Bäume gehörten[3]). Wäre es richtig, was Ihering und Keller hinsichtlich der Unvereinbarkeit von Eigentum und Gemeingebrauch ausführten, so könnten auch die Flufsufer, da an ihnen Gemeingebrauch bestünde, nicht des Eigentums fähig sein; dieselben müfsten vielmehr res publicae im Sinne von Ihering sein, was aber nicht der Fall ist[4]).

Auch die Extrakommerzialität als solche kann nicht dazu führen, eine Sache des Eigentums unfähig zu machen.

Allerdings gibt es Sachen, welche unfähig sind, im Eigentum zu stehen und gerade deshalb extrakommerzial sind wie die res omnium communes, die freie Luft, die aqua profluens, das Meer mit seinem Bette. Diese res sind aus natürlichen Gründen unfähig, Gegenstand eines Eigentumsrechtes zu sein; sie sind dem gemeinsamen Gebrauche aller Menschen hingegeben, eine andere Verwendung derselben ist ausgeschlossen. Hinter dem Gemeingebrauch steht nicht ein Eigentumsrecht, welches von Bedeutung sein könnte[5]).

Ferner sind extrakommerzial die res sacrae, die res sanctae, die res religiosae, diese um deswillen, weil sie divini iuris sind[6]).

---

1) Ebenso Ossig a. a. O. S. 80; Zrodlowski, Römisches Privatrecht II S. 49, 58.

2) Ebenso § 4 J. 2, 1: Riparum quoque usus publicus est iure gentium, sicut ipsius fluminis — sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in iisdem natae, eorundem sunt.

3) Dernburg, Rechtsgutachten S. 9 ff.

4) Dernburg, Rechtsgutachten S. 11; vergl. Zrodlowski a. a. O. S. 49; Wappäus a. a. O. S. 12.

5) Pernice in der Festgabe für Dernburg S. 127.

6) Regelsberger, Pandekten S. 409; Wappäus a. a O. S. 5.

Die privatrechtliche Folge dieser »Gottangehörigkeit« ist, dafs sie dem menschlichen Verkehr entzogen sein müssen[1]).

Die res publicae in publico usu stehen deshalb extra commercium, weil an ihnen usus publicus besteht, also darüber nicht willkürlich verfügt werden kann[2]) und daran alle Rechte, welche der Natur ihrer Bestimmung zu dem speziellen öffentlichen Gebrauch widersprachen, ausgeschlossen waren.

Die sogenannte Extrakommerzialität ist also keineswegs eine die rechtliche Lage einer Sache irgendwie bezeichnende oder bestimmende Eigenschaft. Sie bezeichnet nur die aus der rechtlichen Lage ganz verschiedenartiger Sachen sich ergebende Tatsache, dafs eine Sache nicht Gegenstand des Güterverkehrs, nicht merx ist. Die Tatsache der Extrakommerzialität ist die Wirkung des rechtlichen Zustandes einer Sache; nicht dagegen kann man an sie rechtliche Wirkungen knüpfen[3]).

Die Quellen sprechen denn auch von Sachen, welche im Eigentum des Kaisers stehen und doch extrakommerzial sind.

l. 39 § 10 de legatis et fideicommissis I: Sed et ea praedia Caesaris, quae in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec aestimatio eorum debet praestari, quoniam commercium eorum nisi iussu principis non sit, cum distrahi non soleant.

Die Tatsache der Extrakommerzialität kann also keinerlei Beweis dafür liefern, dafs eine res extra commercium unfähig wäre, Gegenstand eines Eigentumsrechtes zu sein[4]).

Auch erscheint es bedenklich, wenn Keller und Ihering dem römischen Staate kurzweg ein Hoheitsrecht im modernen

1) Pernice, Labeo I S. 258.

2) Pernice, Labeo I S. 269; Dernburg, Rechtsgutachten S. 17; Gierke, Genossenschaftsrecht III S. 55 Note 71. Dagegen neuerdings Otto Mayer im Archiv für öffentliches Recht XVI S. 45, welcher dem usus publicus diese »mystische Kraft« nicht zuschreibt, vielmehr die Extrakommerzialität der res publicae daraus erklärt, dafs sie res populi sind, dafs die majestas populi Romani an ihnen erscheint und diese die Anwendbarkeit des ius civile von selbst ausschliefst.

3) Ossig a. a. O. S. 82 ff.

4) Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs S. 6.

Sinne zuschreiben. Denn die Römer kannten nach Pernice noch nicht den abstrakten Begriff der Staatshoheit. Die Staatsgewalt löst sich bei ihnen auf in das dingliche Recht des römischen Volkes an den Domänen — dicio — und in die Befugnis der Magistrate, im Namen des römischen Volkes zu befehlen — imperium —. Jene dicio ist aber mit dem Eigentumsbegriff wesentlich identisch[1]).

Bansi[2]) allerdings — ohne in der Streitfrage hinsichtlich der res publicae in publico usu der einen oder der anderen Richtung sich anzuschliefsen[3]) — will auf jeden Fall schon in das römische Recht den Begriff der modernen Gebietshoheit legen und führt auf sie die Ordnungs- und Bestimmungsbefugnis hinsichtlich des Gemeingebrauchs zurück. Er mufs allerdings zugeben, dafs die Römer diesen Gedanken noch nicht ausgesprochen haben; »sie haben ihn aber instinktiv befolgt. Und von ihnen ist er zu uns gekommen«[4]).

2. Die Eigentumstheorie.

Nach Dernburg fordert der Begriff der öffentlichen Sache zweierlei: »Widmung zu öffentlichem Zweck« und »Eigentum des Staates an der Substanz«[5]).

Ein solches Eigentum aber ergebe sich aus mehrfachen Quellenstellen.

Nur der Weg ist ein öffentlicher, dessen Boden ein öffentlicher ist, was sich nicht anders verstehe, als dafs der Boden im Staatseigentum stehen mufs[6]).

l. 2 § 21 D. 43, 8: Viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est: non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, ius

1) Pernice, Labeo I S. 268; Burchardi in Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht I S. 107; Hegelmaier, Grundeigentum im öffentlichen Recht S. 23.

2) Annalen des Deutschen Reichs 1898 S. 643 ff.

3) A. a. O. S. 645 Note 8.

4) Bansi a. a. O. S. 647.

5) Rechtsgutachten S. 12.

6) Rechtsgutachten S. 12.

tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est.

Ferner fliefsen der römischen Staatskassa gewisse Nutzungen der öffentlichen Sachen zu, wie solarium (l. 2 § 17 D. 43, 8) und thesaurus.

§ 39 J. 2, 1: Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit qui invenerit. idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit, at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit, cui conveniens est, ut, si, quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

Nach dem Grundsatze dieses Gesetzes gehören gefundene Schätze zur Hälfte dem Finder und zur Hälfte dem Eigentümer des Fundortes. Das Gesetz selbst zieht daraus den ganz natürlichen Schlufs, dafs der an einem öffentlichen Orte entdeckte Schatz zur Hälfte dem Staate bzw. der Stadtgemeinde gehört, woraus folgt, dafs der Staat Eigentum an der res publica hat. Allerdings könnte man einwenden, der Staat nehme deshalb die Hälfte an dem in loco publico gefundenen Schatze in Anspruch, weil sonst dem Eigentümer der ganze Schatz zufalle wie es der Fall sei, wenn der Schatz gefunden worden wäre an einem locus sacer oder locus religiosus.

Wenn daher der Staat Eigentum an der res publica nicht besitzt, so kann seine Befugnis, die Hälfte des Schatzes einzuziehen, nur auf ein Hoheitsrecht zurückgeführt werden, was aber ebenso wie beim solarium begrifflich unmöglich ist[1]).

Den locus sacer und den locus religiosus betrachtet das Gesetz als res nullius und wenn es auch die loca publica zu den res nullius gezählt hätte, so hätte es keiner Sondervorschrift bezüglich der auf ihnen gefundenen Schätze bedurft. Es ist

1) Pernice, Labeo I S. 267.

vielmehr der § 39 J 2, 1 ein glänzender Beweis für das Eigentum des Staates an den res publicae[1]).

Für ein solches sprechen noch andere Quellenstellen wie l. 1 pr. D. 43, 1, l. 1 § 7 D. 43, 12. Es würde zu weit führen, näher auf sie einzugehen, zumal nur die Ausführungen anderer wiederholt werden könnten[2]).

Der römische Staat war ursprünglich nichts Anderes als das römische Volk, der Populus Romanus. Ihm wird private Rechts- und Handlungsfähigkeit zugeschrieben[3]). Die Gewalt des Populus an der öffentlichen Sache ist mit nichts Anderem zu vergleichen, als mit der des Privateigentümers an seinem Grundstück[4]). Nichtsdestoweniger ist dieses Eigentum des Staates, des Populus Romanus, kein einfaches Eigentum, wie es Private innehaben[5]). Um den an den res publicae bestehenden usus publicus zu wahren und dauernd zu erhalten, hat der Staat seine Rechtsstellung über die eines gewöhnlichen Eigentümers hinaus erhoben, und diese Sachen als extra commercium erklärt[6]). Damit waren diese Sachen der publizistischen Sphäre, einem besonderen Bann[7]), zugewiesen; sie waren aus dem ius privatum in das ius publicum entrückt[8]). Dernburg[9]) will nichts dagegen haben, wenn man dieses Recht als ein hoheitliches bezeichnet, weil es durch das öffentliche Recht wesentlich in Form und Inhalt bestimmt wird. »Aber wir dürfen nie vergessen, dafs es im Grunde nichts ist, als ein eigentümliches, modifiziertes Eigentumsrecht oder wenn man lieber will Eigentumsrecht zu seiner Basis hat« [10]).

---

1) Dernburg, Rechtsgutachten S. 16; Pernice, Labeo I S. 267; Hirsekorn a. a. O. S. 20.

2) Vergl. Hirsekorn a. a. O. S. 13 ff.

3) Pernice, Labeo I S. 263.

4) Hegelmaier a. a. O. S. 21.

5) Dernburg, Rechtsgutachten S. 17; Gierke a. a. O. S. 54 Note 65.

6) Vergl. oben S. 6 Note 2.

7) Hegelmaier a. a. O. S. 23.

8) Gierke a. a. O. S. 54.

9) Rechtsgutachten S. 18.

10) Damit ist aber noch nicht gesagt, dafs mit diesem Eigentumsrechte der Gedanke einer Verbindung von zivilrechtlichem Eigentum und Hoheits-

3. Die Theorie Eiseles.

Eine vermittelnde Stellung zwischen der Theorie eines reinen Hoheitsrechtes und der eines Privateigentums des Staates an den res publicae in publico usu nimmt Eisele[1]) ein. Der den öffentlichen Sachen immanente Zweck, das Dienen zum Gemeingebrauch, also Dienst für das Gemeinwesen, widerstrebe dem privatrechtlichen Eigentum, sei aber durchaus nicht unvereinbar mit einem publizistischen sachlichen Herrschaftsrechte. Er bezeichnet daher das Recht des Staates an den öffentlichen Sachen als Eigentum des ius publicum oder als publizistisches Eigentum und definiert dasselbe als dasjenige Eigentum, welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent ist[2]).

Dieses publizistische Eigentum setzt aber nach Eisele ein Privatrecht voraus, da nur die in seinem Eigentum stehende Sache der Staat dem Gemeingebrauche widmen kann; in dieser Widmung sieht er die Erhebung des privatrechtlichen zu publizistischem Eigentum.

Gegen diese Annahme Eiseles spricht die Tatsache, dafs es Sachen gibt, welche im Eigentum Privater stehen und an denen auch Gemeingebrauch besteht, wie z. B. aus l. 2 §§ 21 ff. D. 43, 8 hervorgeht, wo von viae in publico usu die Rede ist, deren Grund und Boden Privateigentum bildet. Wenn aber das Eigentum Privater nicht in seinem Wesen geändert wird dadurch, dafs die Sache dem Gemeingebrauch gewidmet ist, so ist kein Grund ersichtlich, warum gerade das Eigentumsrecht dann in seinem Wesen eine Änderung erfahren sollte, wenn es nicht Privaten, sondern dem Staate zusteht. »Da liegt dann in der Tat die Auffassung nahe, dafs wir nach wie vor das-

rechte zum Ausdruck gebracht sei, wie Layer (a. a. O. S. 620) zwecks Begründung eines öffentlichrechtlichen Eigentums (siehe unten S. 55 ff.) geschlossen hat.

1) Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht.

2) Eisele a. a. O. S. 24.

selbe Eigentum vor uns haben; dafs jene Bestimmung zum Gemeingebrauche die Natur des dem Staate an der Sache zustehenden Rechtes überhaupt nicht ändere, und dafs auch nach ihr das Eigentum des Staates insoweit ein privatrechtliches sei als überhaupt dieses Prädikat auf Staatseigentum angewendet werden kann«[1]).

III. Das flumen publicum im besonderen.

1. Unter der Hoheitstheorie.

Während von Keller[2]), Ihering[3]), Dernburg[4]) u. A. die flumina publica der gleichen rechtlichen Beurteilung wie die übrigen res publicae in publico usu unterzogen wurden und an den übrigen öffentlichen Sachen heute fast allgemein Eigentum des Staates angenommen wird[5]), hält man hinsichtlich der öffentlichen Flüsse vielfach noch an der Keller-Iheringschen Hoheitstheorie fest.

Für diese Anschauung werden mehrere Argumente verwertet.

Einmal bezeichne das Beiwort »publicum« noch nicht ein Eigentumsrecht, da »publicus« im römischen Rechte sich sehr verschiedener Bedeutungen erfreue und aus dem blofsen Namen der publica flumina noch kein Schlufs auf ein Eigentumsrecht des Staates gezogen werden könne[6]).

Weiter führte man aus, das fliefsende Wasser eines Flusse müsse schon nach seiner natürlichen Beschaffenheit, welches den rechtlichen Begriff des Eigentums auf dasselbe unanwendbar erscheinen lasse, dem Gebiete der Privatberechtigung ent-

1) Hölder in Kritische Vierteljahrsschrift XVI S. 445; vergl. auch Zrodlowski a. a. O. S. 49; Windscheid-Kipp, Pandekten § 146 Note 17; Gierke a. a. O. S. 55 Note 70; Hegelmaier a. a. O. S. 23; Krische im Sächsischen Archiv V S. 476.

2) Vergl. Layer a. a. O. S. 617.

3) Vermischte Schriften S. 144.

4) Rechtsgutachten S. 12.

5) Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 23 Note 12.

6) Wappäus a. a. O. S. 22; Treuenfels, Gemeingebrauch und Sonderrechte an öffentlichen Flüssen nach gemeinem Recht S. 13.

zogen sein[1]). Besitz und Eigentum setzen körperliche Sachen voraus, über welche eine faktische und juristische Herrschaft möglich ist. Das stetig fliefsende Wasser ist aber in der Kontinuität seines Flusses, bei der ununterbrochenen Bewegung seiner Masse und dem Mangel eigener, fester körperlicher Grenzen als Ganzes nicht fest haltbar und entbehrt daher als solches jener wesentlichen Voraussetzung der Möglichkeit des Eigentums daran. Dieser Mangel ist bei dem gröfsten wie bei dem kleinsten Flusse infolge seines natürlichen Wesens vorhanden und daher der kleinste wie der gröfste Flufs rechtlich und natürlich unfähig, Gegenstand des Eigentums zu sein. Der Begriff des Eigentums steht aber fest ohne Rücksicht auf das Subjekt, auf welches sich das Eigentum bezieht. Hiernach ist an den Gegenständen, an welchen ihrer natürlichen Beschaffenheit wegen für einen Privatmann kein Eigentum möglich ist, dasselbe auch unmöglich für den Staat[2]).

Diese Auffassung finde sich denn auch in den Quellen, wo in der l. 2 D. 1, 8 die aqua profluens zu denjenigen Sachen gerechnet werde, welche iure naturali für die Benutzung aller Menschen gemeinsam ist und welche daher in niemandes Eigentum stehe[3]).

Was aber für das fliefsende Wasser gelte, das gelte auch für das Flufsbett. Denn die rechtliche Eigenschaft des Flufswassers entscheide auch für die rechtliche Eigenschaft des Flufsbettes. Das Flufsbett bilde einen integrierenden Bestandteil des Flusses und die römischen Juristen sprächen sich ganz entschieden dahin aus, dafs beim Mangel einer speziellen Bestim-

1) Kappeler a. a. O. S. 47; Treuenfels a. a. O. S. 12; Randa, Beiträge zum österreichischen Wasserrechte S. 3; Oberappellationsgericht zu Darmstadt in seinem Erkenntnis vom 26. VIII. 1864, Seuffert, Archiv XVIII Nr. 7.

2) Börner im Archiv für die zivilistische Praxis XXXVIII S. 176; Heimbach in Weiskes Rechtslexikon XIV S. 101; Wappäus a. a. O. S. 22.

3) Börner a. a. O. S. 174; Heimbach a. a. O. S. 100; Regelsberger a. a. O. S. 407; Randa a. a. O. S. 3 Note 2; Brinz, Lehrbuch der Pandekten I S. 455.

mung über die rechtliche Eigenschaft des Bettes eines öffentlichen Flusses derselbe unmöglich eine andere rechtliche Qualität als das Wasser haben könne[1]).

Pomponius in l. 30 § 2 D. 41, 1: nam et natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato alvei causam mutet.

Gajus in l. 7 § 5 D. eod.: novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium.

Ulpianus in l. 1 § 7 D. 43, 12: ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus.

Aus diesen Stellen gehe klar hervor, dafs die Publizität des alveus nicht etwa in einem anderen Sinne verstanden werden darf als die Publizität des flumen selbst, d. h. dafs der alveus selbst auch dem Eigentum des Staates sowohl als der Privaten entzogen ist[2]).

Daher[3]) auch die gesetzlichen Bestimmungen in l. 1 § 6 D. 43, 12 und in l. 1 § 7 eod., wonach die insula in flumine publico nata und der alveus derelictus nicht Staatseigentum werden, sondern dem Okkupanten oder den Anliegern zufallen. »Wie wären diese Rechtssätze denkbar gewesen, wenn dem Staate das Eigentum am Flusse zugestanden hätte!«[4]) »Was wäre das für ein Eigentum, das in dem Augenblick entschwindet, wo es beginnt praktisch zu werden?«[5])

---

1) Börner a. a. O. S. 172; Kappeler a. a. O. S. 104; Treuenfels a. a. O. S. 14; Reichsgericht in seinem Urteile vom 23. IX. 1880 RG. III S. 233.

2) Kappeler a. a. O. S. 105.

3) Kappeler a. a. O. S. 109.

4) Wappäus a. a. O. S. 23.

5) Regelsberger a. a. O. S. 425; Bezzola, Über Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen S. 31; Hegelmaier a. a. O. S. 46; Berchtold in Kritische Vierteljahrsschrift XIII S. 124; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts § 146 Note 11; Reichsgericht in seinem Urteile vom 4. XII. 1891, Seuffert, Archiv XLVII Nr. 180.

2. Unter der Eigentumstheorie.

Gegen die Annahme eines reinen Hoheitsrechtes des Staates an den öffentlichen Flüssen wandte man vor allem ein, dafs man die aqua profluens, die Wasserwelle im Flusse, mit dem Flusse d. h. der Gesamtheit des fliefsenden Wassers nicht identifizieren dürfe[1]). Auf eine einzelne fliefsende Welle könne sich der Beherrschungswille nicht richten, weil die Welle keinen Bestand hat und sich im Augenblick verändere, dagegen sei es wohl möglich, die Gesamtheit des fliefsenden Wassers zu beherrschen[2]). Ist gleich ein Eigentumsrecht nicht denkbar bezüglich der einzelnen beweglichen Wasserteile, aus welchen der Flufs sich jeden Augenblick erneuert, so bildet doch dieser selbst etwas Bleibendes, Ganzes, worauf folglich der Begriff des Eigentums angewendet werden kann[3]).

Neuerdings hat Ossig überhaupt bestritten, dafs Marcian in der l. 2 § 1 D. 1, 8 unter aqua profluens das auf der Erdoberfläche fliefsende Wasser gemeint hat. Ossig vertritt vielmehr den Standpunkt, dafs bei Marcian der Begriff der aqua profluens durch ein Beiwort eingeschränkt war, welches die Kompilatoren unverständigerweise gestrichen haben. Es sei vielmehr möglich und mangels jeder anderen Erklärung sogar wahrscheinlich, dafs Marcian als omnium communis nur die aqua de coelo oder nubibus profluens bezeichnet hat[4]). Denn das auf der Erdoberfläche fliefsende Wasser entzieht sich keineswegs der Möglichkeit der Beherrschung und damit dem Eigentumsrecht[5]). Die tatsächliche Herrschaft über den Grund und Boden,

---

1) Pernice, Labeo I S. 273.

2) Pernice in der Festgabe S. 142.

3) Motive zu dem Gesetzentwurfe über die Benützung des Wassers, Beilagenband I zu den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages im Jahre 1851, S. 139.

4) Ossig a. a. O. S. 73; dagegen Harster-Cassimir, Kommentar zum bayerischen Wassergesetze, S. 15: »Die Ansicht Ossigs . . . ist eine des Beweises ermangelnde Hypothese.«

5) Ossig a. a. O. S. 63 ff.; Müller, Das Flufswasser steht im Eigentum S. 7 ff.; Schenkel, Das badische Wasserrecht S. 36.

auf welchem fliefsendes Wasser sich befindet, gewährt von selbst die Möglichkeit der Beherrschung des Wassers selbst. Dies bedarf bei solchem Wasser, welches in keinem bestimmten Lauf auf der Erdoberfläche dahinfliefst, keiner weiteren Hervorhebung. Es wird diesem Wasser keine besondere Beachtung geschenkt, da es lediglich als ein Bestandteil des Bodens erscheint, auf welchem es sich aufhält. Nicht anders ist dies bei solchem Wasser, welches in festem Lauf auf der Erdoberfläche dahinströmt. Indem es dem Grund und Boden seinen eigenen Charakter aufdrückt, bildet es nach natürlicher Anschauung mit ihm ein Ganzes. Man spricht von einem Flufs, einem Bach. Das Eigentum am Flufs bedeutet zugleich das Recht der ausschliefslichen Beherrschung des Grund und Bodens und des Wassers, welches sich auf ihm aufhält. Der Begriff des Eigentums setzt nicht voraus, dafs alle Bestandteile der Sache, an welcher es bestehen soll, ständig beherrscht werden, sondern dafs nur jeweilig die Möglichkeit der Beherrschung vorhanden sei. Das Wasser des Flusses ist wohl einem beständigen Wechsel unterworfen, allein es kann jederzeit das Eigentum am Flufs durch Benutzung seines Wassers ausgeübt werden.

Gesamtbegriffe wie Volk, Legion, Schiff, menschlicher Körper werden nach l. 76 D. 5, 1 durch den naturgemäfsen Wechsel ihrer Bestandteile unberührt gelassen. Wie der menschliche Körper, so sind aber auch alle anderen Erzeugnisse der Natur einer beständigen Änderung ihrer Teilchen unterworfen. Also kann man auch annehmen, dafs das römische Recht die Gewässer als Gesamtbegriffe auffafst, bei denen der natürliche Wechsel der Bestandteile eine rechtliche Beachtung nicht findet, und dafs die Gewässer daher wegen dieser ihrer rechtlich anerkannten Unveränderlichkeit wohl geeigneter Gegenstand für das Eigentum sind.

Dieser von Ossig entwickelten Ansicht schliefst sich Aström[1]) an, jedoch nur insoweit, als er zwischen Flufs und Flufsgebiet unterscheidet. Das Wasser des Flufsgebietes —

1) Über das Wasserrecht in Nord- und Mitteleuropa.

»aller Rezipienten als Totalität« — ist eine selbständige Sache und kann der menschlichen Herrschaft unterworfen werden, also auch Gegenstand des Eigentumsrechts sein[1]). An einem Rezipienten dagegen ist Eigentumsrecht ausgeschlossen, wenn er in einen anderen Rezipienten mündet oder ein Hauptrezipient ist; ebenso verhält es sich bei einem Teil eines Rezipienten[2]).

Marcian stellt der aer, dem mare und den littora maris in der l. 2 § 1 D. 1, 8 die flumina publica gegenüber, indem er sagt: sed flumina paene omnia et portus publica sunt. Marcian erwähnt die flumina publica nicht als Beispiele einer besonderen Gattung von Sachen, sondern legt die Eigenschaft der flumina publica im Gegensatz zu der des Meeres, der Luft etc. fest. Diese Eigenschaft der Flüsse kann aber nicht im usus publicus liegen, sondern nur darin, dafs die Flüsse und Häfen im Eigentum des Staates stehen, während am Meere etc. ein Eigentum ausgeschlossen ist[3]).

Wenn aber diese Quellenstelle so ausgelegt werden darf, so können die oben[4]) angeführten Gesetzesstellen, welche davon handeln, dafs das Flufsbett die gleiche rechtliche Qualität wie das fliefsende Wasser haben müsse, ebenso für die Ansicht sprechen, dafs das Flufsbett im Staatseigentum stehe[5]).

Warum sollte auch ein Eigentumsrecht an öffentlichen Flüssen nicht möglich gewesen sein, nachdem ein solches an den Privatflüssen gegeben war; stellte doch das römische Recht die Privatflüsse schlechthin den Grundstücken gleich.

l. 1 § 4 D. 43, 12: nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum.

Wird aber diese Folgerung nicht dadurch hinfällig, dafs die insula in flumine publico nata und der alveus derelictus fluminis publici den Anliegern bzw. den Okkupanten zufallen?

1) Åström a. a. O. S. 18.
2) Åström a. a. O. S. 18, 20, 22.
3) Ossig a. a. O. S. 75.
4) Siehe oben S. 13.
5) Im Ergebnis übereinstimmend, wenn auch von anderen Argumenten ausgehend Burchardi in Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht I S. 113.

Keineswegs. Denn die Römer nahmen an den öffentlichen Flüssen nur wegen ihres gemeinen Nutzens ein Eigentum des Staates an. Die rechtliche Folge davon war, dafs man ein Eigentum des Staates nur an demjenigen Grund und Boden anerkannte, welcher vom Wasser überflossen wurde. Änderte der Flufs seinen Lauf, so bestand kein Interesse mehr, an dem verlassenen Flufsbette ein Eigentum des Staates festzuhalten, weil der Zweck, welcher zur Annahme der Öffentlichkeit des Flusses führte, weggefallen war[1]). Dieser Gedanke liegt allerdings erst der späteren Rechtsentwicklung zugrunde. Ursprünglich hielt man wohl an den allgemeinen Grundsätzen des Eigentums fest[2]). Das ergibt sich aus einer Stelle in der Schrift des römischen Feldmessers Frontinus de agrorum controversiis, wo es heifst:[3]) De locis publicis sive populi Romani sive coloniarum municipiorumve controversia est quotiens ea loca quae neque adsignata neque vendita fuerint umquam, aliquis possederit; ut alveum fluminis veterem populi Romani, quem quis aquae interposita insula elisa proximi possessoris finibus reliquerit.

Hier ist allerdings nur die Rede von sogenannten agri arcifinii, dem nicht vermessenen Lande mit Privatgrenzen im Gegensatze zu den agri limitati, dem von Staatswegen vermessenen Gebiete[4]). Was aber von agri arcifinii galt, dürfte ursprünglich auch bei agri limitati angenommen werden, was sich aus l. 25 § 4 D. 41, 1 ergibt, wo Labeo sagt, dafs kraft rechtlicher Notwendigkeit der Staat einen Eigentumsanspruch auf die im Flusse entstandene Insel hätte[5]). Dafs der Staat sich dieses Anspruches begeben hat, ergibt sich aus der Eigenschaft des durch agri limitati fliefsenden Flusses als subsecivum.

1) Ossig a. a. O. S. 88.

2) Ossig a. a. O. S. 92.

3) Die Schriften der römischen Feldmesser ed. Blume, Lachmann, Rudorff I S. 20 ff.

4) Vergl. Hirsekorn a. a. O. S. 28.

5) Hirsekorn a. a. O. S. 29; Pernice, Labeo I S. 275; Ossig a. a. O. S. 92; Burchardi a. a. O. S. 103; vergl. auch Zirndorfer in Zeitschrift der Savigny-Stiftung IV (Roman. Abt.) S. 234 ff., welcher in der oben zitierten lex eine bisher ungelöste Antinomie erblickt.

Loca subseciva verblieben zwar im Eigentum des Staates, konnten aber von jedem Bürger ursprünglich zu Besitz, später zu Eigentum okkupiert werden[1]).

In späterer Zeit ging man zu der oben bereits entwickelten Ansicht über, dafs der Grund und Boden nur soweit öffentlich bleibe und öffentlich werde, als er vom Flufs bedeckt ist.[2]) Dieser Satz findet seine Bestätigung in der l. 30 § 3 D. 41, 1 sowie in der l. 1 § 7 D. 43, 12. Wenn der Flufs sich ein neues Bett gegraben, so beansprucht der Staat dies von dem früheren Eigentümer, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. Die Durchführung dieses Anspruches nötigt anderseits den Staat dazu, gleichsam als Äquivalent, das verlassene Flufsbett den Anliegern preiszugeben.[3])

An agri arcifinii fand nun Anwachsen der insula und des alveus derelictus statt, während, wenn der Flufs an agri limitati grenzte, die insula und der alveus derelictus res nullius wurden.

l. 65 § 2 D. 41, 2: Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est.

l. 1 § 6 D. 43, 12: Si insula in publico flumine fuerit nata inque ea aliquid fiat, non videtur in publico fieri. illa enim insula aut occupantis est, si limitati agri fuerunt, aut eius, cuius ripam contingit, aut, si in medio alveo nata est, eorum est qui prope utrasque ripas possident.

l. 1 § 7 eod.: Simili modo et si flumen alveum suum reliquit et alia fluere coeperit, quidquid in veteri alveo factum est, ad hoc interdictum non pertinet: non enim in flumine publico factum erit, quod est utriusque vicini aut, si limitatus est ager, occupantis alveus fiet.

1) Pernice, Labeo I S. 274; Siculus Flaccus, De condicionibus agrorum (Blume a. a. O. I S. 157); Blume a. a. O. II S. 392; Burchardi a. a. O. S. 114 ff.

2) Ossig a. a. O. S. 93; Dernburg, Bürgerliches Recht III S. 387 Note 4.

3) Pernice, Labeo I S. 276; Hirsekorn a. a. O. S. 30; Davidson, Der Rechtsschutz des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Sachen S. 6 Note 1.

Die Rechtsverhältnisse über die insula in flumine nata und den alveus derelictus entspringen also positiven Rechtsvorschriften, aus welchen nicht der Schlufs gezogen werden darf, die öffentlichen Flüsse seien nicht im Eigentum des Staates gestanden.[1])

Aus diesen Ausführungen folgt zugleich die Unhaltbarkeit der Ansicht von Zrodlowski[2]), die durch agri arcifinii fliefsenden öffentlichen Flüsse ständen im Eigentum der Flufsanrainer.

Ein Eigentum des Staates an öffentlichen Flüssen ergibt sich, wenn man es an den übrigen res publicae in publico usu wie öffentlichen Plätzen und Wegen nicht leugnen will, auch aus l. 1 pr. D. 43, 1, wo von Ulpian die flumina publica neben loca publica und viae publicae genannt werden: de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. — quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis.

»Die für das eine geltende Auffassung mufs danach auch für das andere mafsgebend sein.[3])« Man kann nicht annehmen, dafs Ulpian unter dem Ausdruck res publicae, die er in Gegensatz zu res singulorum stellt, zwei Klassen von Sachen von grundverschiedenem Charakter zusammengefafst hat.[4])

1) Ebenso Randa a. a. O. S. 5 Note 1, obwohl im übrigen an der Hoheitstheorie festhaltend (l. c. S. 6).

2) A. a. O. S. 53 ff.

3) Pernice, Labeo I S. 274; Hirsekorn a. a. O. S. 30; zustimmend zu Pernice verhält sich Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht III S. 55 Note 71.

4) Vergl. Zrodlowski a. a. O. S. 52.

Zweiter Teil.

Deutsches Recht.

I. Älteres deutsches Recht.

1. Die germanische Wasserallmende.

Bei den Germanen gab es ursprünglich kein Sondereigentum an Grund und Boden, sondern das gesamte von einer Völkerschaft eingenommene Land gehörte der Gesamtheit. Es bestand Kollektiveigentum an dem von dem Verbande einer Volksgenossenschaft in Besitz genommenen Lande. Mit der Sefshaftigkeit und bei fortschreitender Kultur wurde das bebaute Land »eigen«. Es bildete sich Privateigentum für denjenigen, welcher das Land gerodet hatte und dauernd in Kultur erhielt.[1]) Auch kleinere Wasserläufe gingen schon frühzeitig in das Eigentum einzelner über. Das beweisen die schon seit dem 6. Jahrhundert in Urkunden auftretenden Formeln für die Übertragung von Grund und Boden, in welchen neben Äckern und Wiesen auch »aquae aquarumve decursus« aufgezählt werden.[2])

Neben dem in Privateigentum übergegangenen Grund und Boden blieben aber noch grofse Gebietsstriche übrig, welche von allen Volksgenossen benutzt werden konnten. Diese gemeinen Marken, Allmenden, umfafsten das ungeteilt gebliebene Land, insbesondere Wälder und Weideländereien.[3]) Auch die grofsen

1) Amira, Grundrifs des germanischen Rechts S. 119; Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 55 ff.

2) Grimm, Rechtsaltertümer I S. 61; Schröder in Zeitschrift für Rechtsgeschichte N. F. IV (Germ. Abt.) S. 95 ff.

3) Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 56, 203.

Wasserstrafsen, »die Flüsse, welche den Wald durchflossen«, bildeten Bestandteile dieser Allmenden.[1])

In der Literatur herrscht Streit darüber, ob an dieser Landesallmende und damit auch an den gröfseren Flüssen Gesamteigentum des ganzen Volkes bestand oder ob vielmehr dieselbe herrenlos war.

Heusler vertritt den Standpunkt, dafs an den öffentlichen Flüssen Eigentum nicht bestanden habe. Nach ihm teilten die gröfseren Flufsläufe mit dem noch nicht okkupierten Lande die Eigenschaft der Herrenlosigkeit und schienen schon ihrer natürlichen Beschaffenheit wegen nicht dazu geeignet, durch Okkupation und Einforstung zu einer vestitura umgeschaffen zu werden.[2]) Sie konnten nicht als Bestandteile einer gewere gedacht werden, weil ein Inhaber der gewere nicht vorhanden war; denn das Volk, die Gesamtheit der Staatsangehörigen, konnte nicht als Inhaber und Subjekt der gewere angesehen werden.[3])

Dieser Ansicht Heuslers steht gegenüber jene von Gierke u. A. Danach stand das ganze Gebiet, das von einem Volke eingenommen war, soweit nicht einzelne Volksgenossen oder kleinere Teile der Volksgenossenschaft, wie Hundertschaften, Gau- und Dorfgenossenschaften, ein Privateigentum erworben hatten, im Gesamteigentum sämtlicher Volksgenossen. Dieses Volksland war ein Überrest jenes alten Kollektiveigentums am Grund und Boden, solange es Privateigentum eines einzelnen am Ackerlande noch nicht gab, und schlofs Grundherrschaft und Privateigentum der Gesamtheit als solcher in sich.[4])

Auch Geffcken hält daran fest, dafs an den Gewässern ein kommunistisches Eigentum des Volkes bestand.[5]) Nach

1) Grimm a. a. O. II S. 12; Maurer, Einleitung S. 91; Müller a. a. O. S. 14.

2) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts I S. 367.

3) Heusler a. a. O. S. 365, 366.

4) Maurer a. a. O. S. 92 ff.; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I S. 87; Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 59; Schröder, Lehrbuch S. 56; derselbe in Zeitschrift für Rechtsgeschichte N. F. II (Germ. Abt.) S. 78 Note 1.

5) Geffcken in Zeitschrift für Rechtsgeschichte N. F. XXI (Germ. Abt.) S. 187.

letzterem allerdings umfafste dieses Eigentum nur den vom Wasser bedeckten Grund und Boden, nicht auch das Wasser selbst, da er der Ansicht huldigt, dafs das Wasser auch als Ganzes nicht im Eigentum des Menschen stehen kann. Aus dem Eigentumsrechte am Flufsbette entspringt nach Geffcken ein Recht auf Wassernutzung.[1])

Gierke steht dagegen offenbar auf dem Standpunkte, dafs das Eigentum am Flusse nicht allein das Flufsbett, sondern auch die darin zusammengehaltene und sich darin fortbewegende Wassermasse erfafst. Nur das »fliefsende Wasser als solches«, also offenbar die Wasserwelle, bezeichnet er als herrenlos.[2])

Die Auffassung von einem Gemeineigentum des ganzen Volkes an den gröfseren Flüssen findet sich nach Gierke[3]) und Geffcken[4]) noch in den Rechtsbüchern, während nach Heusler darin lediglich zum Ausdruck gebracht ist, dafs die öffentlichen Flüsse res extra commercium im technischen Sinne des Wortes waren, in niemandes vestitura, dem Gemeingebrauche offen standen.[5])

Sachsenspiegel II, 28 § 4: Svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene inne.[6])

Görlitzer Landrecht 34 § 1: iegelich vlizinde wazzir heizet des riches straze; dar umme ne suln die schif unde alliz daz in deme wazzir uf unde nidir vliuzit ne heinen zoln gebin.[7])

Schwabenspiegel § 197: jegliches wazzers rames fluz ist gemeine zu warenne und ze vischenne.[8])

Deutschenspiegel 138: Isleich wazzer strames fluz daz ist gemaine ze varn und ze vischen dar inne.[9])

1) Geffcken a. a. O. S. 178 und Note 1 daselbst, S. 181.

2) Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 29, 37 und Note 77 daselbst; vergl. Harster-Cassimir a. a. O. S. 15, Anm. 1 Nr. 2 zu Art. 2.

3) Deutsches Privatrecht II § 102 Note 39.

4) A. a. O. S. 198.

5) Heusler a. a. O. S. 368.

6) Homeyer, Des Sachsenspiegels erster Teil S. 258.

7) Homeyer, Des Sachsenspiegels zweiter Teil nebst den verwandten Rechtsbüchern II S. 187.

8) Lafsberg, Schwabenspiegel S. 91.

9) Ficker, Der Spiegel deutscher Leute S. 110.

Für ein Gesamteigentum des ganzen Volkes an der Land allmende und den dazu gehörigen Gewässern mögen wohl auch die schwedischen Grundeigentumsverhältnisse sprechen. In Schweden bestanden nicht nur das ganze Mittelalter hindurch Landesallmenden, deren Eigentum der Gesamtgesellschaft gehörte und als solches unter der Oberaufsicht des Staates als Oberhoheit verwaltet wurde, sondern dort hat sich bis auf die Gegenwart in der Gestalt der Reichsallmende, in welche die einzelnen Landesallmenden aufgegangen sind, als aus dem mittelalterlichen Bundesstaat ein Einheitsstaat geworden war, ein gesellschaftliches Eigentum erhalten. Zu dieser Reichsallmende gehörten und gehören auch die Wasserläufe, welche nicht in Privateigentum, sei es einzelner, sei es des Staates, übergegangen sind.[1])

Was die Frage betrifft, welche Wasserläufe von dem Übergange in das Eigentum einzelner ausgeschlossen waren, so legte man in Deutschland bei dem grofsen Wasserreichtum sowie anderen klimatischen Verhältnissen entsprechend Wert nicht auf die Perennität wie die Römer in Italien, sondern auf den Umstand, ob ein Wasserlauf dem Verkehre diente oder nicht. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der öffentlichen Flüsse von den privaten war der Umstand, ob ein Flufs schiff- oder flofsbar war oder nicht.[2])

An den öffentlichen Flüssen bestand ein ausgedehnter Gemeingebrauch, über welchen ursprünglich wohl die Landsgemeinde wachte. Die gröfseren Flüsse dienten insbesondere als Verkehrswege. So ist in der legis Frisionum additio Sapientum tit. VII[3]) folgende Strafbestimmung enthalten: Si quis in flumine viam publicam occluserit, XII solidos componat.[4])

1) Åström a. a. O. S. 131 ff., 189 ff.; Maurer a. a. O. S. 93.

2) Peterka, Das Wasserrecht der Weistümer S. 15, 17.

3) Walter, Corpus iuris Germanici antiqui I S. 373.

4) Aus dieser Stelle zu folgern, ein Eigentum an den öffentlichen Flüssen habe nicht bestanden, wie Treuenfels a. a. O. S. 16 Note 2 tut, ist unerklärlich; ob Eigentum oder nicht, davon ist an dieser Stelle so wenig die Rede wie in der von Treuenfels weiter für seine Behauptung verwendeten Stelle der lex Alamannorum tit. 83 (bei Walter a. a. O. S. 226).

In dem Mafse aber, in welchem die alte genossenschaftliche Verfassung verschwand und an deren Stelle eine herrschaftliche, nämlich die des Königs oder Herzogs trat, ging das alte Nationalland auf den König über. Aus dem Volksland wurde Königsland und Reichsland. Daher werden auch die öffentlichen Flüsse gleich den Heerstrafsen als »Königsstrafsen« oder »Reichsstrafsen« bezeichnet und unter königlichen Schutz gestellt.

Sachsenspiegel II, 66 § 1[1]): — unde des koninges[2]) strate in watere unde in velde, die solen steden vrede hebben, unde allet dat dar binnen kumt.

2. Die Regalität der öffentlichen Flüsse.

Das alte Volks- und Königseigentum sollte eine starke Einbufse erleiden mit dem Aufkommen der gewaltigen fränkischen Königsmacht, als aus dem germanischen Volkskönig mit der Entstehung des Frankenreiches ein Herr des Volkes, ein Gebietsherr wurde.[3]) Die Keime zu einer derartigen Wandlung waren frühzeitig darin vorhanden, dafs der Herrscher mit seiner Stellung als Volkskönig eine andere vereinte, die nur in seinem eigenen, individuellen Rechte wurzelte, nämlich die Stellung an der Spitze des gröfsten Haus- und Hofverbandes im Lande. Hier war der König Herr, hier war sein mundium die Quelle aller Gewalt, hier war Königsgut das Frühere und Entscheidende.[4]) Die Folge davon war, dafs im Frankenreiche von einer Unterscheidung des königlichen und Nationalvermögens in historischer Zeit nicht die Rede ist.

Die altgermanische ungeteilte Volksmark, das Volksland, wurde gleich den auf den fränkischen König übergegangenen römischen Fiskalgütern als Erbgut der Krone betrachtet.[5])

1) Homeyer, Sachsenspiegels erster Teil S. 294.

2) In zwei anderen Berliner Handschriften »des rikes strate«; Homeyer a. a. O. Note 8 zu Art. 66.

3) Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 52, 102.

4) Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 102.

5) Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 116.

Alles nicht in Privatbesitz übergegangene Land unterlag nach fränkischem Reichsrecht dem ausschliefslichen Aneignungsrechte des Königs und konnte nur mit seiner Bewilligung in Privathände übergehen. Dasselbe galt von den Wasserstrafsen, d. h. den öffentlichen Flüssen.[1]) Dieses allgemeine Obereigentum, dieses fränkische Königseigentum, bezeichnet Schröder als Bodenregal.[2])

Kraft dieses Bodenregals hatte der fränkische König das Recht, überall im Reiche für sich oder einzelne Begünstigte Wildbänne abzugrenzen, Gewässer oder Teile von solchen in Banngewässer, forestes aquaticae, forestes piscationis, zu verwandeln, indem er das Fischereirecht in denselben ausschliefslich sich vorbehielt.[3])

So schenkte Ludwig der Fromme 816 dem Kloster St. Germain-des-Prés die Fischerei in der Seine zu Rueil und verbot, diese zu beschädigen. Die Schenkungsurkunde enthält den Satz: si quidem cuiuscumque potestatis sint littoria, nostra tamen est regalis aqua.[4])

Daneben übten die fränkischen Könige das Schutz- und Geleitsrecht auf den Reichsstrafsen, zu denen auch die mit Schiffen und Flöfsen befahrenen Flüsse und Ströme gehörten, aus. Die unter Geleite Reisenden mufsten für den ihnen vom Geleitsherrn gewährten Schutz ein besonderes Geleitsgeld entrichten.[5])

Am 23. Juli 939 schenkten die Könige Hugo und Lothar den Nonnen des Klosters S. Marino und Leone in Pavia beide

---

1) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II S. 75; Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 208.

2) Schröder, Lehrbuch S. 208; derselbe in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte II (germ. Abt.) S. 62 ff.; Gareis (Allgemeines Staatsrecht in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts I 1 S. 138) sieht in diesem Bodenregal ein Mittelding zwischen Eigentum und öffentlichrechtlicher Territorialherrschaft.

3) Schröder, Lehrbuch S. 196.

4) Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte IV S. 114; Böhmer, Regesten I S. 237 Nr. 608.

5) Waitz a. a. O. VIII S. 315 ff.

Ufer des Po nebst dem Flufszolle und den Ort Caminelli für ihre Kleidung und Beschuhung.[1])

So fingen die fränkischen Könige schon frühzeitig an, gewisse Nutzungen der öffentlichen Flüsse ausschliefslich für sich zu reservieren, sie zu bannen. Dabei verfolgten sie den Zweck, die Nutzungen dieser Rechte, als Rechtsame, finanziell zu verwerten. Diese Rechte wurden zu vermögensrechtlich verwertbaren Regierungsrechten, zu Regalien.[2])

Auf die Hauptnutzung der schiffbaren Flüsse angewandt, bedeutete das Stromregal vor allem das Recht des Königs, Abgaben zu erheben sowohl für den Schiffsverkehr im allgemeinen als auch für die Benutzung der mit den Flüssen in dauernde Verbindung gebrachten Verkehrsanstalten. Die Wasserzölle sind nichts anderes als ein Ausfluſs des von der Krone beanspruchten Eigentums an den öffentlichen Flüssen.[3]) Aus dem Stromregale ergab sich auch das Mühlenregal, weil die Anlage einer Mühle in schiffbaren Flüssen prinzipiell der Krone vorbehalten sein mufste.[4])

Den Höhepunkt der Entwicklung bildete die Constitutio de regalibus Friedrichs I. von 1158[5]), welche die flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia für Regalien erklärte.

Allein für Deutschland hatte diese Constitutio zunächst noch nicht die Bedeutung der endgültigen gesetzlichen Sanktion eines tatsächlich eingebürgerten Zustandes erlangt, da sie ja nur für Italien bestimmt war.

Daher konnte sich trotz des geschilderten Entwicklungsganges die altvolkstümliche Auffassung von einem Gemeineigentum des Volkes, welche naturgemäfs mit den von den Königen erhobenen Ansprüchen auf Regalität der schiffbaren Flüsse in Kon-

1) Forschungen zur deutschen Geschichte X S. 307; Schröder, Lehrbuch S. 209.

2) Heusler a. a. O. §§ 73, 74.

3) Geffcken a. a. O. S. 194.

4) Geffcken a. a. O. S. 196.

5) Weiland, Monumenta Germaniae Historica, Legum Lectio IV, Tom. I p. 244.

flikt geraten mufste, noch in der Zeit der Rechtsbücher erhalten und in diesen zum Ausdruck kommen.[1])

Dafs schon zu Beginn des 13. Jahrhunderts die Ansprüche der Könige auf Regalität das Wassers sehr drückend wirkten, dafür führt Grimm[2]) aus Freidanks Lehrgedicht »Bescheidenheit« eine Stelle an. Allerdings Freidank selbst singt noch:

»wazzer und luft is uns gemeine,
swer die solte erkoufen gar,
der müeste dingen kleine.«[3])

Allein die ronkalische Konstitution Friedrichs I. war in die libri feudorum aufgenommen[4]) und mit diesen in Deutschland rezipiert worden; damit hatte sie, obwohl tatsächlich lange vorher schon zur Anwendung gekommen[5]), Gesetzeskraft auch in Deutschland erhalten.

»Die gemeinen Wasserflüss, soviel das Eigenthum und die Oberkeit betrifft, sind in eins Römischen Kaysers Schirm und Gewalt.«[6])

Wie alle Regalien, so ging auch das Stromregal, welches ursprünglich nur dem König zustand, bei der Ausbildung der Territorien im Wege des Verkaufes, der Verpfändung und Verleihung auf die Landesherren über.[7])

Seiner Handhabung nach zeigt dieses Regal immer mehr den Charakter eines Eigentums.[8]) Der Gemeingebrauch wird ein Akt der Gnade. So kam es, dafs mit der Ausbildung der Landeshoheit, welche früher falsch aufgefafst und in den Begriff

---

1) Geffcken a. a. O. S. 197.
2) A. a. O. I S. 345.
3) Grimm a. a. O. I S. 346.
4) II. F. 56.
5) Baron in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft I S. 284.
6) Meurer, Wasserrecht 1570, bei Fritsch, Jus fluviaticum I p. 1147.
7) Baron a. a. O. S. 285.
8) Krische im Sächsischen Archiv V S. 480.

des Landeseigentums verkehrt wurde[1]), ferner mit der Auffassung der Hoheitsrechte als privatrechtliche Regalien man schliefslich dazu gelangte, die Flüsse als Kammerregalien zu bezeichnen.[2])

»Hodie quidem flumina publica ad principem spectant nec cuiquam ius quoddam in flumine competit, nisi ex principis concessione habuerit.«[3])

So heifst es selbst noch in einem Gutachten der vormaligen Gesetzkommission für Sachsen vom 22. September 1803[4]): »Allein nur die schifbaren Flüsse und Canäle sind in dem Sinne des Wortes öffentliche Flüsse, dafs dem Landesherrn das Eigentum daran, als ein Regale, ausschliefslich zustehet, dem Publico aber nur der unschädliche Gebrauch unter gewissen, vom Landesherrn festzusetzenden Bedingungen gestattet ist.«

Ja selbst 1824 noch wurde das Eigentum an den öffentlichen Flüssen in Mecklenburg dem Landesherrn zugeschrieben.[5])

Allein mit dem Aufkommen des modernen Staatsgedankens seit dem Westfälischen Frieden hatte sich der juristische Charakter des Stromregals geändert. Als das Subjekt dieses Rechtes wird nicht mehr der Fürst, sondern der Staat angesehen.[6]) Man wandte der Lehre von der Regalität den Rücken und erklärte, der römisch-rechtlichen Auffassung vom Staatseigentum an den öffentlichen Sachen folgend, die öffentlichen Sachen, somit auch die öffentlichen Flüsse, als Eigentum des Staates. Der Staat hörte auf, die öffentlichen Flüsse im fiskalischen Interesse zu verwalten, und beschränkte sich darauf, eine lediglich ordnende Wirksamkeit auszuüben.

---

1) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts I, S. 567; Bansi a. a. O. S. 650: »Von einer Gebietshoheit hatte man damals keine Vorstellung; das imperium flofs aus dem dominium und wurde mit diesem übertragen, Teile des imperiums mit Teilen des dominiums.«

2) Wappäus a. a. O. S. 74; Hirsekorn a. a. O. S. 59; Schwab im Beilageheft zum Archiv für die zivilistische Praxis XXX S. 32 ff.

3) Stryk, Specimen usus moderni Pandectarum, S. 317, ad tit. D. 43, 12.

4) Krische a. a. O. S. 487.

5) Vergl. Buchka, Landesprivatrecht der Grofsherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz S. 82 Note 2.

6) Geffcken a. a. O. S. 199.

II. Der heutige Rechtszustand.

1. Allgemeines.

Das heute in Deutschland geltende Recht bezüglich der öffentlichen Flüsse ist äufserst verschiedenartig. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es abgelehnt, auch nur die allgemeinen Grundsätze des Wasserrechtes einheitlich für das ganze Reich festzustellen. Nach Art. 65 Einführungsgesetz zum BGB. bleibt die Materie des Wasserrechtes, weil sie im einzelnen nur nach dem Bedürfnisse und den historisch gegebenen Verhältnissen gröfserer oder kleinerer Bezirke geregelt werden kann[1]), dem Landesgesetz vorbehalten. Der Plan eines Reichswassergesetzes, welches die privatrechtlichen Materien des Wasserrechtes einheitlich hätte regeln sollen[2]), ist nicht verwirklicht worden.

Die öffentlichrechtlichen Befugnisse, welche dem Staate über alle Gewässer und damit auch über die sog. öffentlichen Flüsse zustehen, haben heute nicht mehr ihren Grund in Regalien, nachdem das Prinzip der Regalität in bezug auf das Wasser aufgegeben worden ist, sondern erscheinen als Ausflufs der Staatshoheit.[3]) Man spricht von einer Wasserhoheit des Staates.[4])

2. Römisches Recht als geltendes Recht in Deutschland.

Für jene Gebiete, in welchen das römische Recht rezipiert worden ist und eine Abänderung durch Partikulargesetze nicht erfahren hat, ist für die Frage, ob neben dem Hoheitsrechte dem Staate auch Eigentum an den öffentlichen Wasserläufen zusteht, das römische Recht heranzuziehen.[5]) Die Sätze des römischen Rechts sind aber im gemeinen Recht insofern umgestaltet,

1) Motive zum EG. zum BGB. S. 161; Mugdan, Materialien zum BGB. I S. 26.

2) Vergl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. III S. 3.

3) Meyer Georg, Verwaltungsrecht, Teil I S. 317.

4) Gengler, Deutsches Privatrecht S. 304.

5) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch VI S. 173.

als, entsprechend deutschrechtlichen Anschauungen, nicht alle beständig fliefsenden, sondern nur die schiff- und flofsbaren Wasserläufe als öffentliche Flüsse gelten.[1])

Zu diesen Gebieten gehört Hamburg[2]), Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz[3]), das Gebiet des früheren Königreichs Hannover[4]), sowie die anderen preufsischen Landesteile des gemeinen Rechts.[5])

Nachdem das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen[6]) sich dahin ausgesprochen hat, dafs nach gemeinem Rechte, welchem die Sätze des römischen Rechts über die flumina publica zugrunde liegen, dem Staate kein Eigentum an den öffentlichen Flüssen zustehe, kann diese Ansicht als die herrschende angesehen werden; nach ihr übt also der Staat über die öffentlichen Flüsse lediglich Hoheitsrechte aus.[7])

3. Das Recht im Königreich Sachsen.

Im Königreich Sachsen wird dem Staate Eigentum am Strombette der öffentlichen Flüsse, deren Zahl durch den Befehl vom 2. Oktober 1800 und das Generale vom 8. Mai 1811[8]) genau abgegrenzt ist, zugeschrieben.[9])

Dieses Eigentumsrecht am Bette sowohl als auch vorzugsweise Nutzungsrechte des Staates an diesen öffentlichen Flüssen

---

1) Dernburg, Pandekten I § 73 Note 3.

2) Nöldeke, Hamburgisches Landesprivatrecht S. 515.

3) Buchka a. a. O. S. 16 und Note 10 daselbst; Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Wasserrechts S. 40, 48.

4) In Hannover, Ostfriesland und andere kleinere Gebiete ausgenommen, gilt jedes flumen perenne als öffentlich, Linckelmann-Fleck, Hannoversches Privatrecht S. 432.

5) Nieberding-Frank, Wasserrecht und Wasserpolizei im preufsischen Staate S. 65.

6) Siehe oben S. 13 Note 1 und Note 5.

7) Siehe oben S. 11 ff; Buchka a. a. O. S. 82; Nieberding-Frank a. a. O. S. 66.

8) Krische a. a. O. S. 484, 488.

9) Klofs, Sächsisches Landesprivatrecht S. 206; Neubauer a. a. O. S. 30; Leuthold, Das Wasserrecht im Königreich Sachsen S. 37, 92.

werden noch auf ein, ursprünglich dem Landesherrn[1]), für die Elbe gemäfs Befehl vom 7. Dezember 1563[2]), für die Mulde gemäfs Befehl vom 4. Juni 1608[3]), für die übrigen Flüsse gemäfs Reskript vom 25. September 1676[4]) zustehendes Regal zurückgeführt.[5])

Doch fehlt es auch nicht an Stimmen, welche die schiffbaren Ströme in ihrer Gesamtheit zu dem Staatseigentum zählen[6]), wie auch im Anschlufs an das römische Recht in der Interpretation der Kellerschen Schule die Ansicht vertreten wurde, dafs dem Staate lediglich ein Hoheitsrecht an den Flüssen zukomme[7]); bei dieser Regelung der Rechtsverhältnisse der öffentlichen Flüsse bleibt dann nichts anderes übrig, als gewisse Befugnisse des Staates auf das Wasserregal zurückzuführen.[8])

4. Die neueren Partikularrechte.

A. Überblick über die Systeme der Landesgesetze.

Wenn man von den singulären Rechtssätzen des gemeinen Rechts und dem noch auf der Regalität der öffentlichen Flüsse im Königreich Sachsen beruhenden Rechte absieht, so lassen sich die übrigen Partikularrechte neueren Ursprungs hinsichtlich der Eigentumsfrage an öffentlichen Flüssen in drei Systeme klassifizieren. In diesen Systemen haben die für das römische

1) Vergl. oben S. 28.

2) Leuthold a. a. O. S. 32.

3) Leuthold a. a. O. S. 92.

4) Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Sachsen nebst Begründung, Beilageheft III zum Sächsischen Archiv 1899 S. 51.

5) Leuthold a. a. O. S. 81, 92; Neubauer a. a. O. S. 30.

6) Weifse, Lehrbuch des sächsischen Staatsrechts bei Leuthold a. a. O. S. 34; vergl. auch Krische a. a. O. S. 501.

7) Rifsmann, Das Wasserrecht nach gemeinem und Königlich Sächsischem Recht S. 21; Schmidt, Vorlesungen über das in dem Königreich Sachsen geltende Privatrecht I S. 90; Leuthold a. a. O. S. 35; Entwurf a. a. O. S. 59.

8) So das sächsische Oberappellationsgericht in seinem Erkenntnis vom 1. Oktober 1867 bei Georgi, der sächsische Entwurf eines Wassergesetzes S. 43; Entwurf a. a. O. S. 89.

und ältere deutsche Recht verfochtenen Theorien bezüglich der öffentlichen Flüsse als öffentliche Sachen ihren Niederschlag gefunden.

Weitaus die Mehrzahl aller Rechte stellen sich heute auf den Standpunkt, dafs die öffentlichen Flüsse nicht anders zu behandeln seien als wasserbedeckte Grundstücke. Sie leugnen daher nicht, dafs Eigentum an denselben möglich sei und schreiben dieses Eigentum dem Staate zu. Innerhalb dieser Klasse von Rechten ist aber wieder zu unterscheiden zwischen denjenigen Gesetzgebungswerken, welche das staatliche Eigentum an den öffentlichen Flüssen lediglich auf das Flufsbett beschränken, das fliefsende Wasser aber auch in seiner Gesamtheit für unfähig erachten, Gegenstand eines Eigentumsrechtes zu sein, und dasselbe daher lediglich dem Hoheitsrechte des Staates unterstellen, und denjenigen Gesetzen, welche den Staat als Eigentümer des Flusses in seiner Totalität, also als Eigentümer des Flufsbettes und des darin zusammengehaltenen und sich darin fortbewegenden Wassers, erklären.

Eine dritte Kategorie von partikulären Wasserrechten hat sich den Grundsätzen des römischen Rechts in der Auslegung der Kellerschen Schule angeschlossen. Diese Rechte stehen auf dem Standpunkte, dafs das fliefsende Wasser auch in seiner Gesamtheit unfähig sei, im Eigentume zu stehen, und dafs sich diese Eigenschaft auch auf das Flufsbett erstrecke. Der Staat übt daher nach diesen Gesetzen über die öffentlichen Flüsse lediglich Hoheitsrechte aus.

B. Eigentum des Staates am öffentlichen Flusse als Ganzem.

a) Das Allgemeine Landrecht Preufsens.

Im preufsischen Allgemeinen Landrecht ist bestimmt: »Die Land- und Heerstrafsen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigentum des Staates.« (Teil II, Titel 14, § 21.)[1])

1) Geltung auch nach dem 1. Januar 1900: AG. zum BGB. für Preufsen (Becher, Ausführungsgesetze zum BGB. II, XIV, 1) Art. 89 Ziff. 1 c.

Dieses Eigentumsrecht des Staates an den von Natur schiffbaren Strömen wird durchaus nicht einheitlich interpretiert.

Das preufsische Obertribunal sowie im Anschlufs daran das Reichsgericht haben sich dahin ausgesprochen, dafs das gemeine Eigentum des Staates von dessen besonderem Eigentum dadurch sich unterscheide, dafs lediglich in bezug auf letzteres der Staat zivilrechtlicher Eigentümer sei, während mit der Bestimmung der schiffbaren Flüsse zu gemeinem Eigentum ein besonderes Eigentum eines einzelnen, also auch des Staates, an dem Flusse und dem dazu gehörigen Bette ausgeschlossen sei. Ein solcher Flufs habe die Bestimmung, dem gemeinen Gebrauche zu dienen, kann daher der ausschliefslichen Herrschaft eines einzelnen nicht unterworfen werden. Weil der Flufs zum Gebrauche für jedermann bestimmt, also eine res communis omnium ist, ist er eine res nullius und deshalb eine res publica.[1])

Nach dieser Rechtsprechung würden die öffentlichen Flüsse für das Geltungsgebiet des ALR. lediglich dem Hoheitsrechte des Staates unterliegen.[2])

Zu dieser Auffassung liefsen sich die Gerichte bestimmen durch den Umstand, dafs die Nutzungen dieser Flüsse zu den niederen Regalien zählen und als solche von Privaten und Kommunen erworben werden können.

Allein dieser Annahme des Reichsgerichts sind scharfe Gegner entstanden in Rausnitz, Gierke und Dernburg.

Nach ihnen führt das Eigentum des Staates an den schiffbaren Wasserläufen den Namen »gemeines Eigentum«, weil sie

---

1) Entsch. des Obertribunals vom 24. Nov. 1870 und vom 17. Jan. 1873 in Striethorst, Archiv für Rechtsfälle LXXXI S. 73, LXXXVII S. 322; Urteile des Reichsgerichts vom 23. Februar 1880 RG. III S. 234, vom 10. Februar 1881 RG. IV S. 259, vom 4. Dezember 1891 in Seuffert Archiv XLVII Nr. 180, vom 25. April 1895 RG. XXXV S. 238; Förster-Eccius, Preufsisches Privatrecht III S. 151 und Note 42 daselbst; Born, Wasserpolizeirecht S. 12.

2) Otto Mayer, Artikel »Ströme« in Stengels Wörterbuch II S. 591.

zum Dienste der Gesamtheit bestimmt sind.[1]) Unter »besonderem Eigentum« versteht das Allgemeine Landrecht das Privateigentum des Staates, welches nicht dem Gemeingebrauche dient, also das sogenannte Finanz- und Verwaltungsvermögen des Staates.[2])

Schon aus der geschichtlichen Entwicklung der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Flüssen ergebe sich, dafs dem Staate ein Eigentum an ihnen zukomme. Auch bei Landstrafsen werde für das Allgemeine Landrecht ein Privateigentum als vorhanden angenommen. Es sei daher unverständlich, warum die schiffbaren Flüsse, die stets mit den Strafsen zugleich behandelt würden, abweichend beurteilt werden sollten.[3])

Für ein Eigentum im zivilrechtlichen Sinne spricht denn auch § 25, II, 14 ALR.: »Dies gemeine Staatseigentum selbst ist den Domänen völlig gleich zu achten.« Dieser Satz ist einmal Gesetz und kann nicht einfach beiseite geschoben werden, indem man ihn für nicht verständlich erklärt.[4]) Aus ihm geht vielmehr klar hervor, dafs der Fiskus zivilrechtlicher Eigentümer der schiffbaren Flüsse ist, wie er solcher der Domänen ist.[5]) Über dieses Eigentum kann der Staat nur unter den Modalitäten verfügen, welche in den §§ 16 ff. II, 14 ALR. bestimmt sind, während er über die Nutzungen als niedere Regalien frei verfügen kann.[6])

Dieses Eigentum kann der Staat nur insoweit ausüben, als dies die Bestimmung der Flüsse als res publicae publico usui destinatae zuläfst. Das Eigentum an den schiffbaren Flüssen ist beschränkt durch den Gemeingebrauch.[7]) Der öffentliche

1) Rausnitz in Gruchots Beiträge XXXIX S. 530; Gierke, Deutsches Privatrecht II § 102 Note 41.

2) Rausnitz a. a. O. S. 529.

3) Rausnitz a. a. O. S. 531.

4) Vergl. Anm. bei Koch, Allgemeines Landrecht.

5) Schenkel in Holtzendorffs Rechtslexikon III S. 1244; Striethorst, Archiv XV S. 365.

6) Rausnitz a. a. O. S. 532.

7) Anschütz im Verwaltungsarchiv V S. 88 Note 60; Dernburg, Bürgerliches Recht III S. 387; Entwurf eines preufsischen Wassergesetzes samt Begründung S. 93.

Flufs hat in zweierlei Richtungen der Allgemeinheit zu dienen, als Schiffahrtsweg und als Wasserreservoir für Trink-, Bade- und Bewässerungszwecke.

Wenn aber Eigentum des Staates vorhanden, dann ergreift dasselbe den Flufs in seiner Gesamtheit, da kein Anhaltspunkt gegeben ist, warum dasselbe zu einem Eigentum am Bette zusammenschrumpfen sollte.[1])

b) Das französische Recht.

Durch die Ordonnance des eaux et forêts von 1669 hatte Ludwig XIV sämtliche Flüsse des Königreiches, welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach Fahrzeuge zu tragen imstande waren, ohne Rücksicht auf entgegenstehende Titel zu Eigentum der Krone (domaine de la couronne) erklärt.[2])

Durch die Revolutionsgesetzgebung ist dieses Eigentum der Krone auf den Staat übergegangen.[3])

Daher konnte Artikel 538 Code Napoléon bestimmen: Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme les dépendances du domaine public.

Dieser Artikel hat heute noch Gesetzeskraft in der Rheinprovinz[4]), er galt in Elsafs-Lothringen sowie in Oldenburg-Birkenfeld bis zum 1. Januar 1900[5]), in der Rheinpfalz bis zum Inkrafttreten des bayerischen Wasserbenützungsgesetzes von 1852[6]),

1) A. M. Rausnitz a. a. O. S. 533.

2) Huber, Die Wassergesetze Elsafs-Lothringens S. 119.

3) Dronke, Rheinisches Privatrecht II S. 25.

4) Preufsisches AG. z. BGB. Art. 89, Ziff. 2 (Becher, Ausführungsgesetze zum BGB. II, XIV, 1).

5) AG. z. BGB. für Elsafs-Lothringen, in der durch Bekanntmachung vom 22. Dez. 1899 veröffentlichten Fassung (Becher, Ausführungsgesetze I, VI, 1) § 170; AG. z. BGB. für Oldenburg-Birkenfeld (Becher, Ausführungsgesetze I, XIII, 7) §§ 90 Ziff. 1, 91.

6) Art. 104 Wasserbenützungsgesetz.

in Rheinhessen bis zu jenem des hessischen Dammbauwesengesetzes von 1887.[1]) Auf ihm beruhte der Satz 538 des badischen Landrechtes, nach welchem die Flüsse und andere Wasser, die schiffbar oder flofsbar sind, als Zubehörden des Staatseigentums bezeichnet wurden, und welcher bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches galt.[2])

Nach dem französischen Rechte war also der Staat zivilrechtlicher Eigentümer der öffentlichen Flüsse, welche zugleich als res extra commercium erklärt waren (qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée).[3])

Allerdings wurde auch die Ansicht vertreten, dafs an den Gegenständen, welche zum domaine public gehören, dem Staate kein Eigentum zustehe; die Vertreter dieser Theorie erkennen nur ein Hoheitsrecht des Staates über die öffentlichen Flüsse an, kraft dessen ihm das regime und die Verwaltung derselben zustehe[4]); die öffentlichen Wasserläufe sind darnach res nullius.[5])

Allein die Unrichtigkeit dieser Annahme erhellt einerseits aus der historischen Grundlage des Artikels 538 Code civil, anderseits aus der Entwicklung, welche das Rechtsinstitut des domaine public in der französischen Verwaltungsrechtspraxis und -Wissenschaft erfahren hat.[6]) In Frankreich steht heute jedenfalls fest, dafs der Staat Eigentümer und zwar zufolge französischer Anschauung sog. öffentlichrechtlicher Eigentümer

---

1) Art. 59 Ziff. 3, 60 hessisches Gesetz betr. das Dammbauwesen; vergl. unten S. 47 f.

2) AG. z. BGB. für Baden (Becher, Ausführungsgesetze I, II, 9) Art. 39 Ziff. 1, Art. 43 Abs. 1.

3) Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft S. 205.

4) Motive zum hessischen Dammbauwesengesetz, Verhandlungen der II. Kammer der hessischen Landstände 1885/88, Beilagenband IV, Beilage Nr. 318a, S. 5; Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes S. 627; für das badische Landrecht Näf, Wasserrecht im Grofsherzogtum Baden S. 12 ff.

5) Näf a. a. O. S. 13; Bezzola a. a. O. S. 33 Note 93.

6) Vergl. unten S. 54 ff.

der schiffbaren Flüsse ist.[1]) Auch das Reichsgericht hat sich für Eigentum des Staates erklärt.[2]).

Die insula in flumine nata gehört dem Staate, so lange nicht ein besonderer Rechtsgrund dem entgegensteht.[3]) Der alveus derelictus gebührt den Eigentümern jener Grundstücke, welche durch den neuen Flufslauf unter Wasser gesetzt sind, nach Verhältnis des ihnen entzogenen Grund und Bodens.[4])

c) Das bayerische Recht.

α) Das Recht vor 1852, insbesondere das Bayerische Landrecht.

Das Königreich Bayern bestand zu Anfang des XIX. Jahrhunderts hauptsächlich aus drei Rechtsgebieten, aus dem Rechtsgebiet des französischen Rechtes in der Rheinpfalz, aus dem des preufsischen Landrechtes, das infolge der Herrschaft Preufsens in den Fürstentümern Ansbach und Bayreuth Geltung erlangt hatte, und aus dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechtes, das aus der Verschmelzung des rezipierten römischen Rechtes mit einheimischen Rechten hervorgegangen war. Die beiden letzteren Rechtsgebiete hatten wiederum Partikularrechte, von denen das gröfste Geltungsgebiet der Codex Maximilianeus bavaricus civilis vom 2. Januar 1756 hatte, welcher ursprünglich für Kurbayern erlassen, nach seiner Publikation aber auch auf andere Gebietsteile ausgedehnt wurde, die teils damals schon zu Bayern gehörten, teils erst später mit demselben vereinigt wurden[5]).

Dieses Gesetzbuch bestimmte in Teil II, Kapitel 1 § 5: »Unter die Res Communes et Jure Gentium Publicas deren Gebrauch zwar Jedermann, das Eigentum aber Niemanden zuständig ist, wird insgemein nicht nur das Meer sammt dem

1) Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts S. 227 ff.

2) Urteil vom 28. Mai 1880 RG. II S. 354; für Baden vergl. Schenkel, Das badische Wasserrecht S. 106.

3) Art. 560 Code civil.

4) Art. 563 Code civil.

5) Roth, Bayerisches Zivilrecht, 1. Aufl., I S. 30.

Gestade, dann die uneingeschränkte freye Luft und vorbeyfliefsenden Wässer, sondern auch schiffreiche Ströme und offene freye Land- und Heerstrafsen gerechnet, welches jedoch nach teutschen und hiesigen Land-Rechten, zumal was gedachte Ströme und Strafsen anbelangt, andergestalt nicht, als salvis Juribis Territorialibus zu verstehen ist.«

Damit war, da das Bayerische Landrecht sowohl die fortdauernde Geltung abweichender Statuten als die Ergänzung durch die subsidiären Rechtsquellen in dem bisher üblichen Umfang beibehielt[1]), auf das Landrecht von 1616 als Rechtsquelle verwiesen, dessen Bestimmungen Kreittmayr in seinen »Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem« wiedergab[2]), indem er schreibt: »Alle rinnende Wässer sind heut zu Tag entweder in Dominio publico vel privato. Unter das erste gehören regulariter nur die Flumina publica, oder öffentliche Wasser-Ströhme, worauf die gemeine freye Schiff- oder Flofsfahrt zu gehen pflegt.«[3])

Als Träger dieses dominium publicum erscheint bei Kreittmayr bald der Staat als solcher[4]), bald, da »in Statu Monarchico der Regent den ganzen Staat repräsentiert«, der Fürst[5]).

Dieses Staatseigentum an den schiff- und flofsbaren Flüssen geht auch in Bayern auf die Regalkonstitution Friedrichs I. zurück. Kreittmayr[6]) äufsert sich darüber folgendermafsen: »Öffentliche Wasserströme werden jure germanico hodierno unter die Regalia gezehlet, welches sich jedoch nur von solchen Strömen verstehet, worauf man mit Schiffen oder Flöfsen zu fahren pflegt, obschon das Jus Romanum et Longobardicum viel weiter hierin gehet. Der Grund und das Ufer worin der Strom gehet, wird pro parte fluminis gehalten, mithin auch eodem Jure, wie der Strom selbst unter die Regalia gerechnet.«

1) Bayerisches Landrecht I, 2, §§ 9, 10, 11.

2) Roth a. a. O. III S. 146, Note 69.

3) Kreittmayr, Anmerkung 4a zu Teil II, Kapitel I, § 5 Bayerisches Landrecht.

4) Vergl. oben S. 2 Note 1.

5) Kreittmayr, Anm. 6b u. c zum Bayerischen Landrecht II, 1, § 5.

6) Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Judiciarii I, 13, f.

Ein gesetzlich geregelter Gemeingebrauch an den öffentlichen Flüssen war damals ganz verschwunden. Vielmehr stand es »lediglich bei dem Landesherrn, den Gebrauch derselben zuzulassen, zu erweitern, einzuschränken, oder pro re nata gar zu verbieten und abzustellen.«[1])

Auch nach dem Rechte des Fürstbistums Würzburg stand das Eigentum an den gröfseren Flüssen, insbesondere am Main, dem Landesherrn zu.[2])

Nach Fuldaischem Recht, welches in den ehemaligen Fuldaischen Ämtern Biberstein, Brückenau, Hammelburg und Weihers galt[3]), gehörten die gröfseren Flüsse zu dem öffentlichen Staatseigentum[4]), nach dem Bambergischen Rechte zufolge einer fürstbischöflichen Entschliefsung vom 6. Oktober 1800 dem Staate[5]).

β) Das Wasserbenützungsgesetz von 1852.

Das Gesetz vom 28. Mai 1852 über die Benützung des Wassers brachte für das ganze Königreich ein einheitliches Recht, indem es unter Aufhebung aller von dem Gesetze abweichenden Bestimmungen der bestehenden Gesetze und Verordnungen[6]) bestimmte: »Die öffentlichen Gewässer bilden ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut.«[7])

Als öffentliche Flüsse bezeichnet das Gesetz diejenigen, welche und so weit sie zur Schiffahrt oder zur Flofsfahrt mit gebundenen Flöfsen dienen[8]), auch wenn sie aufhören, zur Schiff- oder Flofsfahrt zu dienen[9]); als öffentliche Gewässer

1) Kreittmayr, Anm. 4c zum Bayer. Landrecht II, 1 § 5.
2) Weber, Provinzial- und Statutarrechte III S. 315.
3) Weber a. a. O. III S. 915.
4) Weber a. a. O. III S. 977.
5) Weber a. a. O. I S. 889.
6) Artikel 104.
7) Artikel 1 Absatz 1.
8) Artikel 2 Absatz 1.
9) Artikel 2 Absatz 2.

gelten auch die Nebenarme öffentlicher Flüsse, soweit nicht entgegenstehende Rechte erworben sind[1]).

Mit der Erklärung der öffentlichen Flüsse zu Staatsgut, welches zur allgemeinen Benützung bestimmt ist, hatte das Gesetz keine glückliche Bestimmung getroffen; denn es konnte zweifelhaft sein, ob überhaupt die Flüsse einen zivilrechtlichen Eigentümer haben.

Aus den Motiven zum Gesetze[2]) ist zu entnehmen, dafs einerseits das römische Recht, welches die Flüsse als Gemeingut betrachtete, in der Weise modifiziert festgehalten werden wollte, dafs es dem Staate vorbehalten sein sollte, besondere Beschränkungen des Gemeingebrauches festzusetzen; anderseits sollten die öffentlichen Flüsse in Anlehnung an die Bestimmungen des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches und des Code civil, welche auf die römische Ansicht zurückgingen, als Staatsgut aufgefafst werden und der Begriff des Staatseigentums im engeren Sinne, wie er sich noch bei Kreittmayr finde, also ein gewöhnliches unbeschränktes Privateigentum des Fiskus am Flusse, abgelehnt werden.

So kam es, dafs bei der um die Mitte des XIX. Jahrhunderts aufkommenden Lehre, dafs die res publicae nur dem Hoheitsrechte des Staates unterlägen, auch Pözl[3]) den Artikel 1 Absatz 1 des bayerischen Wasserbenützungsgesetzes dahin interpretierte, dafs die öffentlichen Flüsse im eigentlichen Sinne des Wortes öffentliche Sachen seien, die zunächst nur unter der Herrschaft des öffentlichen Rechtes stehen, privatrechtlich aber herrenlos seien. Zu der gleichen Auffassung gelangte auf Grund der Extrakommerzialität der öffentlichen Flüsse Schellhafs[4]).

Allein eben Gründe, welche von den Verteidigern der reinen Hoheitstheorie gegen die Annahme eines staatlichen

1) Artikel 2 Absatz 3.

2) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1851, Beilagenband I S. 143.

3) Die bayerischen Wassergesetze, Neue Ausgabe 1. Aufl. S. 21.

4) Das Nachbarrecht S. 33, 42, 44.

Eigentums an den öffentlichen Flüssen nach römischem Rechte geltend gemacht wurden, nämlich die Behandlung der insula in flumine publico nata und des alveus derelictus, verwandeln sich im Sinne des Wasserbenützungsgesetzes von 1852 in Gründe für die Eigentumstheorie[1]).

Erderhöhungen, welche sich aufser Zusammenhang mit dem festen Lande in einem öffentlichen Flusse über den mittleren Wasserstand erheben (Inseln, Werder, Wörthe), sind in Ermangelung entgegenstehenden besonderen Herkommens oder ausdrücklicher Verleihung eines Anrechtes auf dieselben Eigentum des Staates[2]).

Ebenso wird ein abgerissenes Stück Land, das sich aufser Zusammenhang mit einem Ufer im Flusse festgesetzt hat, Eigentum des Staates, wenn der bisherige Eigentümer nicht innerhalb Jahresfrist sein Eigentumsrecht geltend macht[3]).

Verläfst ein öffentlicher Flufs von selbst auf die Dauer sein Bett, so hat zwar Eigentum hieran der Staat, dasselbe ist aber zur Entschädigung der Eigentümer der durch den neuen Wasserlauf beschädigten Grundstücke zu verwenden[4]).

Das Eigentumsverhältnis des Staates tritt aufserdem noch in folgenden Punkten hervor: Wenn ein Privatflufs oder ein Teil eines solchen gemäfs Artikel 3 Wasserbenützungsgesetz in einen öffentlichen verwandelt wird, so geht das den Uferanliegern nach Artikel 39 zustehende Eigentum am Flufsbette ohne Entschädigung (Art. 6 des Gesetzes) auf den Staat über[5]). Letzterem steht auch die Fischerei in den öffentlichen Flüssen zu, da das Fischereirecht ein Ausflufs des Grundeigentums ist[6]).

---

1) Becher, Bayerisches Landeszivilrecht I S. 273 Note 1, S. 1049; Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht S. 404.

2) Artikel 28 Absatz 1 Wasserbenützungsgesetz.

3) Artikel 31 Wasserbenützungsgesetz.

4) Artikel 27 Wasserbenützungsgesetz; Becher a. a. O. I S. 583; Roth a. a. O. III S. 153; Oertmann a. a. O. S. 358, 404.

5) Roth a. a. O. III S. 153.

6) Roth a. a. O. III S. 155; Becher a. a. O. I S. 1044, 1049; Begründung zu dem Entwurfe eines Fischereigesetzes für das Königreich Bayern, Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1907, Beilagen-Band I S. 344.

Alle diese Rechte und Befugnisse des Staates führten notwendig dazu, den Staat als den zivilrechtlichen Eigentümer der öffentlichen Flüsse anzusehen.

Pözl[1]) selbst hat später seine ursprüngliche Ansicht von einem reinen Hoheitsrechte des Staates an den öffentlichen Flüssen aufgegeben und angesichts der Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts[2]) und des Verwaltungsgerichtshofes[3]) stand fest, dafs unter der Herrschaft des Wasserbenützungsgesetzes von 1852 der Staat zivilrechtlicher Eigentümer der öffentlichen Flüsse war[4]).

Dieses Eigentumsrecht des Staates aber erfafste den Flufs in seiner Totalität, also das Flufsbett und das darin zusammengehaltene und sich darin fortbewegende Wasser[5]). Es ist kein Grund ersichtlich, warum das staatliche Eigentum sich nur auf das Flufsbett erstrecken sollte[6]), da der Artikel 1 davon sprach, dafs die öffentlichen Flüsse, und nicht das Flufsbett öffentlicher Flüsse, Staatsgut sei. Der Flufs aber umfafst Flufsbett und Wasser. Damit ist aber noch nicht gesagt, das Eigentum erfasse auch die einzelne fliefsende Wasserwelle[7]). Diese ist vielmehr von der Gesamtheit des in einem Flufsbette zusammengehaltenen Wassers wohl zu unterscheiden[8]) und auch nach bayerischem Rechte aus natürlichen Gründen eine res omnium communis, daher nicht fähig, Gegenstand eines Eigentumsrechtes zu sein[9]).

1) Die bayerischen Wassergesetze, 2. Aufl., S. 49.

2) Urteile vom 24. November 1877 und vom 17. Januar 1891, Sammlung VII S. 55, XIII S. 279.

3) Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes XXV S. 136.

4) Schenck, Zur Wasserrechtsfrage S. 80; Roth, Bayerisches Civilrecht, 2. Aufl., I S. 332 Note 15; Seydel, Bayrisches Staatsrecht II S. 390, III S. 252; Meisner, Nachbarrecht S. 184.

5) Oertmann a. a. O. S. 120.

6) So Becher a. a. O. I S. 443 Note 4.

7) So Roth, Bayerisches Civilrecht, 2. Aufl., I S. 330.

8) Windscheid a. a. O. I § 146.

9) Oertmann a. a. O. S. 120.

γ) Das Wassergesetz von 1907.

Das neue bayerische Wassergesetz vom 23. März 1907, welches am 1. Januar 1908 in Kraft trat (Art. 214), kennt öffentliche Gewässer und Privatgewässer. Zu den öffentlichen Gewässern gehören aufser den öffentlichen Seen und den vom Staate errichteten und der Schiff- oder Flofsfahrt eröffneten Kanälen die öffentlichen Flüsse. Öffentliche Flüsse sind diejenigen Flüsse und Flufsteile, welche zur Schiff- oder Flofsfahrt dienen, sowie die Nebenarme solcher Flüsse, selbst wenn sie nicht zur Schiff- oder Flofsfahrt dienen (Art. 1). Die öffentlichen Flüsse verlieren ihre Eigenschaft als öffentliche Flüsse nicht, auch wenn sie nicht mehr zur Schiff- oder Flofsfahrt benützt werden (Art. 3).

Die öffentlichen Flüsse stehen im Eigentum des Staates (Art. 1 u. 2). Dieses staatliche Eigentum am Flusse umfafst das Flufsbett und die gesamte in jedem Zeitteil im Flufsbette enthaltene Wassermenge[1]). Es ist Eigentum am Flusse in seiner Totalität, nicht blofs Eigentum am Flufsbette, aus welchem ein dingliches Benützungsrecht am Wasser entspringt, wie Dittmann[2]) annimmt, oder kraft dessen dem Eigentümer ein Vorzugsrecht hinsichtlich der Aneignung und Benützung des Wassers zusteht, wie Eymann[3]) konstruiert. Das Eigentum des Staates ist auch privatrechtliches, nicht öffentlichrechtliches, wie Georgi[4]) offenbar meint.

Nach dem Wasserbenützungsgesetze von 1852 hatte der Staat unzweifelhaft kein unbeschränktes Privateigentum an den öffentlichen Flüssen. Die öffentlichen Flüsse galten vielmehr als öffentliche Sachen[5]), welche dem allgemeinen Gebrauche dienten. Damit unterschieden sich sich von den zum Verwal-

1) Harster-Cassimir a. a. O. S. 16.

2) Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern IV S. 5.

3) Das Wassergesetz für das Königreich Bayern I S. 171.

4) A. a. O. S. 119, 133; vergl. auch Harster-Cassimir a. a. O. S. 19 Anm. 4 und unten S. 54 ff.

5) Seydel, Staatsrecht I S. 390.

tungs- oder Finanzvermögen des Staates gehörenden Sachen. Das Eigentum des Staates an öffentlichen Flüssen war zur allgemeinen Benützung bestimmt und bildete keine Finanzquelle für den Staat[1]).

Mit dem neuen Wassergesetze ist darin allerdings eine Änderung eingetreten. Die öffentlichen Flüsse dienen zwar nach wie vor noch der allgemeinen Benützung, aber nicht der unbeschränkten, sondern nur soweit, als das Gesetz sie ausdrücklich zuläfst. Die öffentlichen Flüsse dienen vor allem der Schiff- oder Floſsfahrt (Art. 29), an ihnen besteht der sog. kleine Gemeingebrauch, d. h. der Gebrauch des Wassers zum Schöpfen mit Handgefäſsen, zum Baden, Waschen, Tränken, Schwemmen sowie zur Eisbahn (Art. 26 Abs. 1). Jeder andere Gebrauch der öffentlichen Flüsse ist nur mit Zustimmung seines Eigentümers, d. h. des Staates, gestattet. Dieser kann für die Gewährung besonderer Nutzungen an öffentlichen Gewässern, für die Einleitung von Flüssigkeiten in solche, sowie für die Entnahme von Eis, Sand, Kies, Steinen, Schlamm, Erde und Pflanzen aus dem Flufsbette öffentlicher Flüsse Gebühren erheben (Art. 73). Während man aus der Bestimmung des Artikels 1 Wasserbenützungsgesetzes, daſs die öffentlichen Flüsse zur allgemeinen Benützung offen stehen, folgerte, daſs der Staat von demjenigen, welchem er eine besondere Wassernutzung an einem öffentlichen Flusse bewilligte, keine Vergütung für eine solche beanspruchen dürfe, ist dieser Folgerung durch das neue Gesetz der Boden entzogen. Man hat darin einen grundlegenden Unterschied zwischen dem Eigentumsrecht des Staates nach dem alten Gesetze von 1852 und jenem nach dem neuen Wassergesetze erblickt[2]). Man führt aus, der Staat sei nach dem neuen Rechte nur mehr moralisch verpflichtet, das fiskalische Interesse an der Ausbeutung der Wasserkräfte den Rücksichten auf die Allgemeinheit unterzuordnen[3]).

1) Sammlung v. Entscheidungen d. Verwaltungsgerichtshofes XXV S. 136.

2) Vergl. Anhang zum Beilagenband der Verhandlungen der Kammer der Reichsräte des bayer. Landtages, Nachsession 1907, S. 43.

3) Harster-Cassimir a. a. O. S. 22, 23.

Entgegen dieser Meinung ist wohl daran festzuhalten, dafs die öffentlichen Flüsse nach wie vor in erster Linie bestimmt sind, als Wasserstrafsen dem öffentlichen Verkehr zu dienen. Die öffentlichen Flüsse sind daher auch nach dem neuen Gesetze öffentliche Sachen und nicht Gegenstände des staatlichen Finanzvermögens, d. h. Gegenstände, die dazu dienen, dem Staate als Finanzquellen Einnahmen zu verschaffen. Der Umstand, dafs der Staat berechtigt ist, Gebühren für besonders verliehene Wassernutzungsrechte zu erheben, macht die öffentlichen Flüsse noch nicht zu Sachen des Finanzvermögens. Im Gegenteil, die Gebühren rechtfertigen sich vielmehr aus dem Gesichtspunkte, dafs der Staat nicht jedem Staatsgenossen besondere Wassernutzungsrechte einräumen kann, so dafs es nur billig ist, wenn diejenigen, welche solche Wassernutzungsrechte verliehen erhalten oder sonstwie über den Gemeingebrauch hinausgehende Rechte, z. B. durch die bewilligte Entnahme von Kies, Sand etc., ausüben, für diese Vorteile eine Entschädigung dem Eigentümer des Flusses gewähren.

Der Staat ist an der Ausübung seines Eigentumsrechtes an den öffentlichen Flüssen nach wie vor beschränkt durch die öffentlichrechtliche Bestimmung der öffentlichen Flüsse, der Schiff- und Flofsfahrt zu dienen, sowie durch den an diesen eingeräumten Gemeingebrauch des Artikel 26 Abs. 1.

Durch die Bestimmung, der Schiff- und Flofsfahrt zu dienen, unterscheiden sich die öffentlichen Flüsse wesentlich von den im Eigentum des Staates stehenden Privatflüssen. Das Eigentum des Staates an den sog. Staatsprivatflüssen des Artikel 23 ist, abgesehen von der Belastung mit dem Gemeingebrauche des Artikel 26, welcher an allen Flüssen besteht, unbeschränktes Eigentum. Diese Staatsprivatflüsse sind auch veräufserlich im Gegensatze zu den öffentlichen Flüssen, welche als solche res extra commercium sind[1]).

Man wird also nicht sagen können, der Staat sei nach dem neuen Gesetze blofs moralisch verpflichtet, die öffentlichen Flüsse

1) Anhang zum Beilagenband a. a. O. S. 131; Harster-Cassimir a. a. O. S. 22; Dittmann a. a. O. S. 6.

dem Verkehr offen zu halten. Vielmehr hat durch das neue Gesetz blofs der Rechtszustand, wie er bereits unter dem früheren Gesetze Rechtens war, klareren Ausdruck erhalten[1]); die öffentlichen Flüsse gehören nach wie vor zu den öffentlichen Sachen, deren Zweckbestimmung ist, dem allgemeinen Gebrauche als Wasserstrafsen zu dienen.

d) Das badische Recht.

Das Wassergesetz vom 26. Juni 1899 brachte für Baden im wesentlichen nichts Neues, da hier bereits auf Grund des Satzes 538 Badischen Landrechtes die schiff- oder flofsbaren Flüsse Eigentum des Staates bildeten.[2]) Dies ist auch im neuen Wassergesetz ausgesprochen (§ 1 Abs. 1). Als öffentliche Flüsse gelten die nach ihrer Natur oder durch künstliche Veranstaltungen für den öffentlichen Verkehr mit Schiffen oder gebundenen Flöfsen benützbaren Flüsse und zwar von dem Punkte an, wo diese Benützbarkeit beginnt (§ 1 Abs. 1). Als Bestandteile des öffentlichen Flusses gelten auch die Nebenarm, Sammelbecken, Zu- und Ableitungen (§ 1 Abs. 3). Die Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers als solches geht nicht dadurch verloren, dafs eine Benutzung für den öffentlichen Verkehr mit Schiffen oder gebundenen Flöfsen nicht mehr stattfinden kann (§ 1 Abs. 3).

Das Eigentum des Staates erstreckt sich auf das Bett und das darin zusammengehaltene oder fortgeleitete Wasser; Bett und Wasser sind als einheitlicher, zur Gattung der Grundstücke gehöriger Gegenstand, dem Staatseigentum unterworfen (§ 20).[3]) Das Eigentum des Gewässereigentümers erstreckt sich nicht auf die fliefsende Wasserwelle; diese kann nicht Gegenstand eines Eigentumsrechtes sein. Dies ist zwar im Wassergesetze nicht bestimmt, ergibt sich aber aus der Natur der Dinge.[4])

1) Anhang zum Beilagenband a. a. O. S. 44.

2) Schenkel, Das badische Wasserrecht S. 106.

3) Schenkel, Wasserrecht S. 36, 105; Dorner-Seng, Badisches Landesprivatrecht S. 461.

4) Dorner-Seng a. a. O. S. 120, 451 Note 15, 461 Note 4.

Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen ist privatrechtliches Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches und nicht öffentlichrechtliches.[1]) Eine Übertragung oder Belastung des Staatseigentums kann nicht stattfinden (§ 5); die öffentlichen Flüsse sind damit zu res extra commercium erklärt und dem Privatrechtsverkehre entzogen.

Die insula in flumine publico nata wächst dem Staate zu Eigentum an (§ 7 Z. 2). Für den Fall der Verlegung des Bettes eines natürlichen Wasserlaufes durch Wassergewalt gehört der alveus derelictus dem Staate, welcher aber die Eigentümer derjenigen Grundstücke, über welche der neue Flufs geht, zu entschädigen hat (§ 9).

e) Das Recht in den Herzogtümern Oldenburg und Anhalt.

Die Wasserordnung für das Herzogtum Oldenburg vom 20. November 1868 kennt öffentliche Gewässer des Staates, welche sie aufzählt (darunter vor allem die Weser) und öffentliche Wasserzüge.[2]) Letztere stehen im Eigentum der Gemeinden (Art. 2), erstere in dem des Staates. Dies ist zwar in keinem Gesetze gesagt, wenn man es nicht schon darin ausgedrückt wissen will, dafs die Wasserordnung von »öffentlichen Gewässern des Staates« spricht; es wird aber gewohnheitsrechtlich das Eigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen präsumiert.[3])

Auch in dem Herzogtum Anhalt-Dessau-Köthen stehen die schiff- und flöfsbaren Ströme gemäfs einer Verordnung vom 10. März 1849 im Eigentum des Staates.[4])

C. Eigentum des Staates am Flufsbette öffentlicher Flüsse.

a) Das Recht im Grofsherzogtum Hessen.

Das Grofsherzogtum Hessen, in welchem früher sowohl gemeines als auch französisches Recht galt, erhielt durch das

1) Dorner-Seng a. a. O. S. 121 Note 7, 451; vergl. unten S. 60.

2) Brückner in Annalen des Deutschen Reichs, 1877, S. 62; Neubauer a. a. O. S. 48.

3) Ruhstrat, Das Oldenburgische Landesprivatrecht S. 6, 103.

4) Schenck, Zur Wasserrechtsfrage S. 70; Neubauer a. a. O. S. 68.

Gesetz vom 13. Juli 1887, das Dammbauwesen und das Wasserrecht in den Gebieten des Rhein, Main, Neckar und des schiffbaren Teiles der Lahn betreffend, hinsichtlich seiner öffentlichen Flüsse einheitliches Recht.

Das Gesetz steht auf dem Standpunkte, dafs an dem freifliefsenden Wasser, der fliefsenden Wasserwelle sowohl als auch der in dem Rinnsale befindlichen Wassermasse, der Wassersäule, eine ausschliefsende Willensherrschaft nicht stattfinden, dasselbe mithin nicht Gegenstand von Rechten und Rechtsverhältnissen sein kann, dagegen die wenn auch dauernde Wasserbedeckung eines Grundstückes an der Eigenschaft desselben als Grundstück nichts zu ändern vermag. Das Bett eines Flusses kann daher im Eigentum stehen. Da ein Grundstück dadurch, dafs es dem Gemeingebrauche dient, dem Eigentumsrechte nicht entzogen wird, so gilt dies auch für das Flufsbett der öffentlichen Flüsse, welches gerade infolge der Wasserbedeckung dem Gemeingebrauche gewidmet ist. Gemäfs der deutschrechtlichen Entwicklung wird als Eigentümer des Bettes öffentlicher Flüsse der Staat angesehen.[1])

Das Gesetz bestimmt daher in seinem Artikel 48 Absatz 1:[2]) »Das Flufsbett der schiff- oder flofsbaren Flüsse, d. i. die Grundfläche, welche bei ordentlichem mittlerem Wasserstand vom fliefsenden Wasser bedeckt wird, steht im Eigentum des Staates, unbeschadet des nach den bestehenden öffentlichrechtlichen Bestimmungen geltenden gemeinen Gebrauchsrechts.«

Das Eigentum bleibt dem Staate, auch wenn der Flufs sein Bett dauernd verläfst oder eine neue Insel in demselben entsteht (Art. 49).

Auch das neue Bett des seinen Lauf dauernd verändernden Flusses wird Eigentum des Staates, vorausgesetzt, dafs auch der neue Flufs schiff- oder flofsbar ist (Art. 50). Das Gleiche gilt,

1) Motive zu dem Entwurfe eines Gesetzes betr. das Dammbauwesen, Verhandlungen der II. Kammer der hessischen Landstände 1885/88, Beilagenband IV, Beilage Nr. 318a S. 7 ff.

2) Gesetzsammlung für das Grofsherzogtum Hessen II S. 487.

wenn ein Flufs sein Bett dauernd zur Seite verschiebt oder ausdehnt (Art. 51).[1])

Dieses staatliche Eigentum am Flufsbette der öffentlichen Flüsse ist privatrechtliches Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nicht öffentlichrechtliches.[2])

b) Das Recht in Elsafs-Lothringen und Oldenburg-Birkenfeld.

Auf dem gleichen Standpunkt wie das hessische Gesetz von 1887 stehen die Ausführungsgesetze Elsafs-Lothringens und Oldenburg-Birkenfelds zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Diese Gesetze kennen nur ein Eigentum des Staates an dem Flufsbette öffentlicher Flüsse, nicht am fliefsenden Wasser. In bezug auf letzteres werden die öffentlichen Flüsse als öffentliches Gut erklärt, an welchem Rechte nicht erworben werden können.

»An Sachen, die zum öffentlichen Gute gehören, können Rechte nicht erworben werden.

Zum öffentlichen Gute gehören insbesondere die öffentlichen Wege, Strafsen und Plätze, die schiff- oder flofsbaren Wasserläufe — — —.«[3])

Mit dieser Gesetzesbestimmung sind die öffentlichen Flüsse zu res extra commercium erklärt, weil es unmöglich ist, durch Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen den Gemeingebrauch derselben zu beschränken.[4]) Ein Eigentümer war damit noch nicht bestimmt.

»Die öffentlichen Wege und Plätze, welche der Landesfiskus zu unterhalten hat, sowie das Bett der Flüsse, welche mit Schiffen oder zusammengebundenen Flöfsen befahren werden können, gehören zum Staatsgute.«[5])

1) Küchler, Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Grofsherzogtums Hessen IV S. 522.

2) Vergl. unten S. 61.

3) § 44 AG. für Elsafs-Lothringen, § 9 AG. für Oldenburg-Birkenfeld.

4) Aron, Gesetz betr. die Ausführung des BGB. in Elsafs-Lothringen S. 48.

5) § 48 AG. für Elsafs-Lothringen, § 14 AG. für Oldenburg-Birkenfeld.

Die insulae in flumine publico natae werden Eigentum des Staates[1]), ausgenommen dann, wenn der Flufs ein Ufergrundstück abschneidet und einschliefst, indem er einen neuen Arm und dadurch eine Insel bildet, in welchem Falle das Grundstück dem bisherigen Eigentümer verbleibt.[2]) Der alveus derelictus fällt den durch den veränderten Lauf des Wassers beschädigten Eigentümern nach Verhältnis des ihnen entzogenen Bodens zu.[3])

Der Staat hat also Eigentum am Flufsbette der öffentlichen Flüsse, nicht aber am Flusse als ganzem; am fliefsenden Wasser übt er lediglich Hoheitsrechte aus.

§ 905 BGB. kommt nicht in Betracht, da hinsichtlich des Wasserrechts Landesgesetz gilt (Art. 65 EG. z. BGB.) und dem Landesrecht zu entnehmen ist, dafs das Eigentumsrecht des Staates sich nur auf das Flufsbett bezieht.[4])

Kisch[5]) dagegen folgert für das reichsländische Recht daraus, dafs die öffentlichen Flüsse zum öffentlichen Gute gehören, dafs diese Flüsse im öffentlichen Eigentum des Staates stehen und dieses staatliche Eigentumsrecht den Flufs in seiner Gesamtheit, Flufsbett sowohl als auch fliefsendes Wasser in seiner Totalität, erfafst. Allein dem ist entgegenzuhalten, dafs, wennschon im § 44 AG. z. BGB. ein Eigentum des Staates am Flusse und damit am Flufsbette statuiert sein sollte, es nicht erklärlich ist, wozu es noch des § 48 AG. z. BGB. bedurft hätte, da doch schon aus § 44 folgen würde, wer Eigentümer des Flufsbettes ist.

---

1) § 53 AG. für Elsafs-Lothringen, § 18 AG. für Oldenburg-Birkenfeld.
2) § 55 AG. für Elsafs-Lothringen, § 20 AG. für Oldenburg-Birkenfeld.
3) § 56 AG. für Elsafs-Lothringen, § 21 AG. für Oldenburg-Birkenfeld.
4) A. M. bei Schenkel, Das badische Wasserrecht S. 37.
5) Kisch, Elsafs-Lothringisches Landesprivatrecht S. 678.

D. Der öffentliche Flufs als Gemeingut nur unter dem Hoheitsrechte des Staates.

a) In Braunschweig.

Das Wassergesetz für das Herzogtum Braunschweig[1]) vom 20. Juni 1876 hat es abgelehnt, dem Staate Eigentum an den öffentlichen Flüssen zuzuschreiben.

Nach dem braunschweigischen Gesetze bilden die öffentlichen Gewässer ein der allgemeinen Benutzung unterliegendes Gemeingut und sind als solches den durch die Staatshoheit begründeten Rechten unterworfen (§ 2 Abs. 4). Diese Bestimmung enthielt bereits das frühere Wassergesetz von Braunschweig vom 19. Dezember 1851.[2])

Öffentliche Gewässer sind alle diejenigen natürlichen, auch korrigierten Wasserzüge (Flüsse und Bäche), welche sich in ihrem Laufe durch mehrere Feldmarken oder Gemarkungen erstrecken (§ 2 Abs. 1). Ufer und Flufsbett gelten als Zubehör des öffentlichen Flusses (§ 51 Abs. 1) und teilen daher das Schicksal des Gewässers selbst.[3])

Die insulae in flumine publico natae sind als Zubehör des Flusses anzusehen und können von den zur Unterhaltung des Flusses Verpflichteten — den Gemeinden bzw. Gemarkungen, deren Bezirke vom öffentlichen Wasserzuge berührt werden (§ 14 Abs. 1) — nach Mafsgabe den von den zuständigen Behörden zu treffenden Anordnung benutzt werden (§ 51 Abs. 4). Der alveus derelictus ist zur Entschädigung der Eigentümer der durch den neuen Wasserlauf beschädigten Grundstücke zu verwenden, wenn er an diese anstöfst, andernfalls steht er zur Verfügung derer, welchen die Unterhaltung des neuen Wasserlaufes obliegt (§ 53).

Weder am Flufsbette noch am Flusse als Ganzem steht daher dem Staate ein Eigentum zu. Die öffentlichen Flüsse werden der Luft und dem Meere gleichgestellt, indem auch an ihnen

1) Wolff, Sammlung der Reichs- und Landesgesetze für das Herzogtum Braunschweig I S. 725 ff.

2) Hampe, Das partikulare Braunschweigische Privatrecht S. 428.

3) Hampe a. a. O. § 101 Note 2.

ein Eigentum nicht möglich ist.[1]) Der Staat übt an den öffentlichen Flüssen lediglich Hoheitsrechte aus.

In dieser Gestaltung der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Flüssen ist unverkennbar mit wenigen Modifikationen das römische Recht in der Auslegung von Keller, Windscheid, Wappäus u. A., den Anhängern der reinen Hoheitstheorie, verwertet worden. Es hat das seinen Grund darin, dafs in Braunschweig bis zum Wassergesetze von 1851 das rezipierte römische Recht ausschliefsliche Herrschaft gehabt hatte.[2])

b) In Württemberg.

Auch in Württemberg wufste das rezipierte römische Recht die Regalität der Flüsse zu verdrängen und hat sich bis zum Inkrafttreten des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 als ausschliefsliches gemeines Recht erhalten.[3]) Auch mit diesem Gesetze[4]) hat der Gesetzgeber es abgelehnt, dem Staate ein Eigentum an den öffentlichen Flüssen zuzuschreiben, von der Annahme ausgehend, dafs am Hauptbestandteile der fliefsenden Gewässer, dem Wasser, weder die Ausübung des Besitzes noch diejenige der Rechte des Eigentümers möglich ist.[5])

Öffentliche Gewässer sind die in natürlichem oder künstlichem Bette ständig fliefsenden Gewässer sowie diejenigen Seen, welche einen in gleicher Weise ständig fliefsenden Ablauf haben (Art. 1 Abs. 1). Die öffentlichen Gewässer sind nach Mafsgabe der näheren Bestimmungen des Gesetzes dem Gemeingebrauch unter Aufsicht der Staatsgewalt überlassen (Art. 1 Abs. 2). Auch am Bette der öffentlichen Gewässer kann grundsätzlich Eigentum

1) Hampe a. a. O. S. 130.

2) Hampe a. a. O. S. 426.

3) Haller, Württembergisches Wassergesetz Note 2 zu Art. 7 und S. IX.

4) Bei Mandry, Württembergisches Privatrecht II, 2 S. 407 ff.

5) Verhandlungen der württembergischen Kammer der Standesherren 1899/1900, Protokoll-Bd. S. 719.

nicht bestehen[1]); das Bett öffentlicher Gewässer dient dem öffentlichen Gebrauche (Art. 7). Als notwendige Folge davon wird bestimmt, dafs grundsätzlich Flufsinseln, sobald sie zwei Jahre bestanden haben, den Eigentümern der gegenüberliegenden Ufergrundstücke und das verlassene Flufsbett unter den im Gesetze näher aufgeführten Bestimmungen den Eigentümern der angrenzenden Ufergrundstücke zufallen (Art. 10, 13 Abs. 4).

Grundsatz des württembergischen Wassergesetzes ist demnach der Satz, dafs die öffentlichen Flüsse als öffentliche Sachen lediglich dem Hoheitsrechte des Staates unterworfen sind. Dieses Prinzip hat allerdings das Gesetz zugunsten wohlerworbener Rechte durchbrochen. Soweit Eigentum an öffentlichen Gewässern, sei es von Privaten, sei es vom Staate oder Selbstverwaltungskörpern vor dem Inkrafttreten des Wassergesetzes erworben worden war, hat das Gesetz dieses Eigentum nicht gänzlich beseitigt; es hat dasselbe als ein Eigentum am Flufsbette aufrechterhalten (Art. 7 Abs. 2), während das Eigentum am fliefsenden Wasser zu einem dem öffentlichen Rechte angehörigen Nutzungsrechte gestaltet wurde (Art. 1 Abs. 3). Ein bisheriges Privateigentum am Flusse besteht also inhaltlich unverändert als verliehenes Sondernutzungsrecht am fliefsenden Wasser[2]), ev. als Eigentum am Flufsbette, fort. Auf Grund dieses Vorbehaltes wird daher nach wie vor der Staat ein Eigentum am Bette öffentlicher Flüsse haben können, falls er einen privatrechtlichen Eigentumsanspruch nachzuweisen vermag. Der Staat ist aber keineswegs privilegiert, sondern steht jedem Privaten gleich.[3])

1) Haller a. a. O. Note 2 zu Art. 7; Begründung zum Entwurfe, Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1899, Beilagen-Bd. II S. 763.

2) Haller a. a. O. Note 8 zu Art. 1.

3) Vergl. die Ministerialverfügungen vom 4. und 14. November 1901, die grundbuchmäfsige Behandlung der öffentlichen Gewässer betr. (Mandry a. a. O. II, 2 S. 532 ff.).

III. Öffentlich- oder privatrechtliches Eigentum an den öffentlichen Flüssen?

Im Anschlufs an die Bestimmung des Artikels 538 Code Napoléon, welche u. a. die schiff- und flofsbaren Ströme und Flüsse und überhaupt alle Teile des Staatsgebietes, welche nicht Gegenstand des Privateigentums sein können, für Bestandteile des domaine public erklärte, bildete die französische Verwaltungsrechtswissenschaft einen neuen Begriff aus, nämlich den des domaine public[1]), des »öffentlichen« oder »öffentlichrechtlichen Eigentums« im Gegensatz zum Privateigentum (domaine privé). Domaine public ist ein Eigentum des Staates, welches dem öffentlichen Recht unterliegt. Um den Eigentumsbegriff über das Privatrecht zu erheben, mufs ein Wille des Staates darin zum Ausdruck kommen, der mit dessen hoheitlicher Natur zusammenhängt. Das Eigentumsrecht fliefst aus der Souveränität des Staates. Hauptmerkmal des öffentlichen Eigentums ist, dafs die Sache, an welcher es besteht, dem öffentlichen Gebrauche gewidmet ist. Das Wesen des domaine public liegt also in einer Verschmelzung von staatlichem dominium und imperium.[2])

Doch fehlt es auch in der französischen Rechtswissenschaft nicht an Stimmen, welche ein Eigentum (»propriété«) an den zum domaine public gehörigen Sachen entweder ganz leugnen[3]) und die Befugnisse des Staates an ihnen lediglich aus dessen Hoheitsrechte herleiten oder aber einen Unterschied zwischen dem Eigentum des Staates am domaine public und am domaine privé de l'État nicht anerkennen wollen.[4]) Letztere Anschauung soll bei den Theoretikern Belgiens, wo die gleichen gesetzlichen Grund-

1) Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts 8. Aufl., I S. 301; Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts S. 228 ff.

2) Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche S. 39; Layer a. a. O. S. 623.

3) Vergl. Layer, Principien des Enteignungsrechtes S. 627 und Anm. 1 daselbst: Bezzola a. a. O. Note 93.

4) Layer a. a. O. S. 629

lagen wie in Frankreich gegeben sind, unbestritten sein[1]) und es wird daher die richtige Konsequenz gezogen, dafs die herrschende französische Theorie vom domaine public nicht ein besonderes Recht, sondern nur eine besondere Rechtsanschauung, eben nur eine Theorie ist.[2])

Allein die französische Lehre vom domaine public blieb nicht ohne Einflufs auf die deutsche Rechtswissenschaft.

Schon Seydel[3]) nimmt an, dafs an den res publicae (worunter auch Flüsse) öffentlichrechtliches Eigentum bestehe, da sie der ausschliefslichen Benützung der einzelnen entzogen und dem allgemeinen Interesse dienstbar gemacht sind.[4])

Neuerdings hat Otto Mayer[5]) die Theorie vom domaine public auch für das deutsche Recht »fruchtbringend zu verwerten gesucht«, nachdem er bereits früher[6]) das Recht der süddeutschen Staaten an den öffentlichen Flüssen unter diesen Begriff gebracht hatte. Im Anschlufs an Otto Mayer hält auch Bezzola[7]) und Layer[8]) die Lehre vom öffentlichen Eigentum für das deutsche Recht für berechtigt.

---

1) Layer a. a. O. S. 629.

2) Layer a. a. O. S. 630.

3) Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre S. 41 ff.

4) Seydel scheint übrigens den Gedanken des »öffentlichrechtlichen Eigentums« selbst später aufgegeben zu haben, denn in seinem Bayerischen Staatsrecht II S. 390, sowie mit spezieller Bezugnahme auf öffentliche Gewässer III S. 251 ff., unterscheidet er scharf zwischen den Befugnissen, welche dem Staate oder den Selbstverwaltungskörpern als Eigentümern der öffentlichen Sachen zustehen, und denjenigen, welche den an diesen bestehenden Gemeingebrauch betreffen und öffentlichrechtlicher Natur sind, zumal bei der unklaren Fassung des Artikels 1 des bayerischen Wasserbenützungsgesetzes von 1852 und dem unverkennbaren Einflufs des französischen Rechts (Pözl a. a. O. 1. Aufl. S. 21) es ein leichtes gewesen wäre, ein öffentlichrechtliches Eigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen anzunehmen.

5) Deutsches Verwaltungsrecht II §§ 35, 36.

6) Artikel »Ströme« in Stengels Wörterbuch II S. 190 ff.; dagegen Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts I S. 321 Note 5.

7) A. a. O. S. 36.

8) A. a. O. S. 632.

Wie Jellinek[1]) hervorhebt, vermissen wir bei Otto Mayer eine klare Begriffsdefinition des öffentlichen Eigentums. Jedoch ist den Ausführungen Otto Mayers[2]) zu entnehmen, dafs er als »öffentliches Eigentum« dasjenige bezeichnet wissen will, welches dem Staate oder einem sonstigen Rechtssubjekte der öffentlichen Verwaltung[3]) — also vor allem den Selbstverwaltungskörpern — zusteht an einer »öffentlichen Sache«, d. i. einer Sache, welcher die Zweckbestimmung eigentümlich ist, dem öffentlichen Interesse zu dienen, und welche um dieser Zweckbestimmung willen zu einem Rechtssubjekte der öffentlichen Verwaltung, in erster Linie dem Staate[4]), in einer nach öffentlichem Rechte zu beurteilenden, die Sache umfassend und ausschliefsend ergreifenden, einen Rest von fremdem Eigentum nicht übriglassenden Herrschaft[5]) steht.

In letzterem Punkte, der öffentlichen Sachbeherrschung, aber liegt die ganze Schwäche des Begriffes des öffentlichrechtlichen Eigentums.

Nach Jellinek[6]) ist nämlich direkte rechtliche Herrschaft über eine Sache, die sich in physischen Einwirkungen auf diese äufsert, »Eigentum«. Die Herrschaft des Staates über das Gebiet ist aber öffentlichrechtlich, ist Imperium, nicht Dominium[7]); ein Imperium gibt es nur über Menschen, nicht über Sachen.[8]) Letztere können dem Imperium nur insofern unterliegen, als die Staatsgewalt den Menschen befiehlt, Einwirkungen auf sie vorzunehmen. Diese erfolgen aber stets entweder durch rechtlich indifferente oder durch privatrechtlich zu wertende Handlungen, also z. B. durch Ausübung des Eigentums.[9]) Es gibt also kein öffentlichrechtliches, sondern nur eine Art Eigentum, nämlich Privateigentum.

1) Verwaltungsarchiv V S. 311.
2) Verwaltungsrecht II §§ 35, 36.
3) Otto Mayer, Verwaltungsrecht II S. 82.
4) Otto Mayer, Verwaltungsrecht II S. 71, 72.
5) Otto Mayer, Verwaltungsrecht II S. 84.
6) Allgemeine Staatslehre S. 359.
7) Vergl. auch Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. S. 77.
8) Darin stimmt Layer (a. a. O. S. 645 Note 2) Jellinek bei.
9) Jellinek, Staatslehre S. 360.

Erkennt man das öffentlichrechtliche Eigentum an, so ist die notwendige Folge desselben ein »öffentliches Sachenrecht«. Die Publizität der öffentlichen Sachen besteht aber lediglich in den Rechtssätzen, welche die Zulassung des Publikums zu ihrem Gebrauche gebieten.[1]) Daraus entsteht aber nicht für jedermann das Recht auf Benutzung dieser Sachen.[2]) Es ist also das Recht des Gemeingebrauchs kein subjektives öffentliches Recht, sondern blofs Reflexrecht.[3]) Daraus ergibt sich die Unmöglichkeit eines öffentlichen Sachenrechts und infolgedessen auch die eines öffentlichen Eigentums.[4])

Auch aus dem Wesen der Konzession zur Anlegung von Wassertriebwerken an einem öffentlichen Flusse folgt, dafs, wenn dem Staate Eigentum an dem öffentlichen Flusse zusteht, dieses Eigentum privatrechtliches, nicht öffentlichrechtliches wie im französischen Rechte ist. Der Staat erteilt in diesem Falle eine doppelte Erlaubnis als Eigentümer des Flusses und als Inhaber der öffentlichen Gewalt.[5]) Die Wirkung der Erlaubnis ist demgemäfs auch eine doppelte, die Entstehung eines privaten und eines öffentlichen Rechtes auf Benutzung des öffentlichen Flusses im Gegensatz zum französischen Recht, wo infolge des Wesens des domaine public auch die Nutzungsgewährung wie die Polizeierlaubnis nur öffentlichrechtliche Wirkung hat.[6])

Gegen diese Auffassung wendet man allerdings ein, sie verlange notwendigerweise die Zweiteilung des Staatsbegriffes und man falle so in den alten Dualismus des Polizeistaates zurück.[7]) Allein wie von Hatschek eingehend bewiesen wurde,

---

1) Jellinek, System der subj. öff. R. S. 74.

2) Ebenda S. 75.

3) Ebenda S. 74; Anschütz a. a. O. S. 109. Dagegen Gierke, Privatrecht II S. 24 u. 25 sowie Note 18 daselbst, und Otto Mayer, Verwaltungsrecht II S. 111 ff.

4) Jellinek, System S. 76 und Note 3 daselbst.

5) Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession S. 34 und Note 1 daselbst.

6) Hatschek a. a. O. S. 18; Seydel, Bayerisches Staatsrecht III S. 251 ff.

7) Otto Mayer, Verwaltungsrecht II S. 66; derselbe im Archiv für öffentliches Recht XVI S. 50.

ist der Fiskus des deutschen Rechtes juristische Person des Zivilrechtes.[1]) Nur dem Individuum erscheint der Staat in der Doppelgestalt von Fiskus und Staat im bürgerlichen Rechtsverkehre; den Staatsorganen gegenüber erscheint nur die Einheit der Persönlichkeit des Staates.[2]) Anders dagegen im französischen Rechte, wo die Scheidung von dominium und imperium und damit auch der Fiskus als juristische Person des Zivilrechts fehlt.[3]) Daher kommt auch Hatschek[4]) zu dem Schlusse, dafs, während im französischen Rechte das öffentliche Eigentum als einheitliches Rechtsinstitut erscheint, bei uns der Begriff desselben nur eine ökonomische Kategorie sei, also kein Rechtsinstitut wie Otto Mayer und Layer darstellen.

Layer[5]) hat, wie bereits erwähnt, nachzuweisen versucht, mit dem »öffentlichen Eigentum« einen »Begriff von ähnlicher Prägnanz« im deutschen Rechte dem französischen des domaine public an die Seite zu stellen. Nach ihm kommt es auf zwei Momente an, um das nachgewiesen zu haben, einmal, dafs die öffentlichen Sachen im Eigentum des Staates stehen[6]) und aufserdem, dafs die Verfügungen über diese Sachen prinzipiell den Normen des öffentlichen Rechtes unterworfen sind.[7]) Zur Begründung des letzteren Momentes führt er an, dafs das Bürgerliche Gesetzbuch über die öffentlichen bzw. dem Verkehr entzogenen Sachen keine Bestimmungen getroffen hat und schliefst daraus, dafs die Bestimmungen über sie nicht mehr im Zivilrecht, sondern im öffentlichen Rechte zu suchen seien. Letztere Folge wird damit begründet, dafs Artikel 55 des Einführungsgesetzes zum BGB. bestimmt, dafs die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze aufser Kraft treten.[8]) Also, so folgert Layer, die privatrechtlichen Vorschriften sind aufser

1) Hatschek a. a. O. S. 8.
2) Hatschek a. a. O. S. 22.
3) Hatschek a. a. O. S. 40 ff.
4) A. a. O. S. 19.
5) A. a. O. S. 632 ff.
6) Layer a. a. O. S. 633 ff.
7) Layer a. a. O. S. 641.
8) Layer a. a. O. S. 641 und Note 1 daselbst.

Kraft getreten, öffentliche Sachen gibt es nach wie vor, mithin können sie, nachdem sie den privatrechtlichen Vorschriften nicht mehr unterliegen, nur noch den Normen des öffentlichen Rechtes unterworfen sein[1]), somit ist das Moment der »souveraineté« des Staates über die öffentlichen Sachen gegeben.[2]) Dabei hat aber Layer übersehen, dafs besagter Artikel 55 einen Nachsatz hat, nämlich: »soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche oder in diesem Gesetze ein anderes bestimmt ist.« Nun enthält aber gerade das Einführungsgesetz zum BGB. in Artikel 65 die Bestimmung, dafs die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Wasserrechte angehören, unberührt bleiben. Diese landesgesetzlichen Vorschriften enthalten aber auch privatrechtliche Normen und diese sind keineswegs durch das BGB. aufgehoben.

Layer wird in seiner Folgerung bestärkt durch eine in den Motiven zum Einführungsgesetze zum BGB. (S. 196) enthaltene Ausführung, wonach es in Ansehung der dem Gemeingebrauch dienenden Sachen eines Vorbehaltes für die Landesgesetze insofern nicht bedarf, als es sich um Rechtsnormen des öffentlichen Rechtes handelt, kraft welcher eine Sache zum allgemeinen Gebrauche dergestalt bestimmt wird, dafs es unmöglich ist, so lange die betreffende Bestimmung besteht, durch Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen den Gemeingebrauch zu hindern oder zu beschränken. Dafs die Vorschriften über den Gemeingebrauch, welche das Eigentum des Staates beschränken, öffentlichrechtlicher Natur sind, wird von niemandem bestritten. Aber daraus ergibt sich noch nicht, dafs das Eigentum des Staates an öffentlichen Sachen, hier an öffentlichen Flüssen, kein privatrechtliches Eigentum sei. Vielmehr folgt daraus, dafs es nur ein Eigentumsrecht, nämlich privatrechtliches, gibt, und dafs diesem Rechte auch das Eigentum des Staates an öffentlichen Sachen unterzuordnen sei. Eines Vorbehaltes bedurfte es dafür nicht; für die Bestimmungen über Widmung zum Gemeingebrauch bedurfte

1) Ebenso Otto Mayer im Archiv für öffentliches Recht XVI S. 42.

2) Layer a. a. O. S. 641.

es deswegen eines Vorbehaltes nicht, weil die Bestimmungen darüber öffentlichrechtlicher Natur sind.[1])

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch und seinem Einführungsgesetz ergibt sich denn auch, dafs der Gesetzgeber keineswegs angenommen hat, das Eigentum des Staates oder der Selbstverwaltungskörper an öffentlichen Sachen unterstehe nicht dem Rechte des BGB. Im letzteren sowohl wie auch im Einführungsgesetze dazu finden sich Vorschriften sachenrechtlichen Inhaltes, welche den öffentlichen Sachen eine Sonderstellung anweisen. Wenn der Gesetzgeber die öffentlichen Sachen als dem Privatrechte nicht unterstehend betrachtet hätte, so hätte es offenbar dieser Spezialvorschriften nicht bedurft.[2]) Solche Vorschriften sind enthalten im § 911 Satz 2 BGB. sowie in den Artikeln 126, 127 und 128 EG. z. BGB. in Verbindung mit § 90 Grundbuchordnung.

Dafs es sich, wenn dem Staate das Eigentum an öffentlichen Flüssen zugeschrieben wird, nicht um »öffentlichrechtliches Eigentum« im Sinne der französischen Rechtsauffassung handeln kann, ergibt sich denn auch aus der Entstehungsgeschichte des neuen badischen Wassergesetzes. In dem Regierungsentwurfe zu demselben war das dem Staate zustehende Eigentum an den erwähnten Flüssen als »öffentliches« Eigentum bezeichnet. In der ersten Kammer wurde das Beiwort »öffentlich« gestrichen, weil das BGB. nur eine Art Eigentum kenne, und das Rechtsinstitut des domaine public des französischen Rechtes im deutschen Rechte nicht akzeptiert worden sei.[3])

Der bayerische Verwaltungsgerichtshof sprach sich in einer Entscheidung vom 23. Dezember 1903 dahin aus, dafs das staatliche Eigentum an öffentlichen Flüssen nach Artikel 1 des Wasserbenützungsgesetzes von 1852 keineswegs als ein öffentlichrechtliches, sondern als ein privatrechtliches zu erachten sei,

1) »Soweit es sich hier um Verhältnisse handelt, welche im öffentlichen Rechte wurzeln, mufs die Ordnung derselben den Bundesstaaten verbleiben«. Motive zum BGB. III S. 27 (Mugdan a. a. O. III S. 15).

2) Ruhstrat a. a. O. S. 7.

3) Schenkel, Das badische Wasserrecht S. 103.

das dem öffentlichen Rechte nur seiner Zweckbestimmung nach angehört, und diese den Charakter der öffentlichen Flüsse als staatliches Privateigentum nicht beseitigt.[1])

Auch in den Motiven zum neuen bayerischen Wassergesetze von 1907 wird hervorgehoben, dafs die rechtliche Entwicklung dazu geführt habe, dafs die öffentlichen Gewässer »Staatseigentum« im zivilrechtlichen Sinne geworden, und dafs daran auch im neuen Gesetze, in welchem die Bestimmungen über die privatrechtlichen Verhältnisse der öffentlichen Gewässer scharf getrennt gehalten werden von den die Benützung derselben beherrschenden öffentlichrechtlichen Normen, nichts geändert werde.[2])

Auch die Motive zu dem Entwurfe des hessischen Dammbauwesengesetzes betonen, dafs das Eigentum des Staates am Flufsbette der öffentlichen Flüsse Eigentum im privatrechtlichen Sinne sei und sich keineswegs mit dem Begriffe der dépendance du domaine public des französischen Rechtes decke.[3])

Auch wurde »domaine public« des Artikels 538 Code civil bisher nie mit »öffentliches Eigentum« übersetzt, sondern mit »zur öffentlichen Benützung bestimmtes Staatsgut« wie für Elsafs-Lothringen[4]), oder mit »Staatseigentum« wie im Satz 538 Badischen Landrechts.

Auch darf man nicht vergessen, dafs das Rechtsinstitut des domaine public im Laufe des 19. Jahrhunderts durch öffentlichrechtliche Bestimmungen seine Ausgestaltung erfahren hat und dafs diese in Deutschland in den Ländern, wo der Code civil Aufnahme gefunden hat, nicht rezipiert worden sind.[5])

1) Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes XXV S. 136.

2) Begründung des Entwurfes eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern, Verhandlungen der bayer. Abgeordnetenkammer 1905/06, Beilagen-Band I S. 538, 546.

3) Motive a. a. O. S. 8 Nr. 4.

4) Huber, Die Wassergesetze Elsafs-Lothringens, 1877 S. 118.

5) Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft S. 204 Note 21.

Angesichts aller dieser Tatsachen kann der Annahme Layers, auch im deutschen Rechte gebe es »öffentliches Eigentum«[1]) nicht zugestimmt und daher auch Kisch[2]), welcher, für das geltende elsafs-lothringische Landesrecht der Theorie von Otto Mayer huldigend, die öffentlichen Wasserläufe im »öffentlichen Eigentum« des Staates stehend bezeichnet, nicht Folge geleistet werden, sondern man mufs annehmen, dafs daran dem Staate kein anderes als zivilrechtliches Eigentum zustehe.

IV. Bedeutung des öffentlichen Gebrauches für das Flufseigentum.

Wenn auch das Eigentumsrecht des Staates an den öffentlichen Flüssen wie überhaupt an öffentlichen Sachen zivilrechtliches und nicht öffentlichrechtliches Eigentum ist, so hat es doch nicht den gleichen Inhalt wie das des Staates an seinem Finanz- oder Verwaltungsvermögen.

Das dem Staate an den öffentlichen Flüssen zustehende Eigentum ist kraft Gesetzes eigenartigen Beschränkungen unterworfen.

Hinsichtlich der öffentlichen Flüsse ist bestimmt, dafs ihnen in erster Linie eine öffentliche oder doch gemeinwirtschaftliche Zweckbestimmung zukommt und die privatwirtschaftliche Herrschaftsbefugnis des Eigentümers nur insoweit ausgeübt werden soll, als nach Erfüllung jener Zweckbestimmung dafür Raum bleibt. Es mufs daher der Staat sein Eigentumsrecht in erster Linie nach der Richtung ausüben, dafs die Erfüllung jener gemeinwirtschaftlichen Zwecke gesichert bleibt, und erst in zweiter Linie davon für die eigenen privatwirtschaftlichen Zwecke Gebrauch machen.[3])

Die Zweckbestimmung der öffentlichen Flüsse besteht darin, dafs sie einerseits dem öffentlichen Verkehr der Schiff- und Flofsfahrt, anderseits dem sogenannten Gemeingebrauch dienen,

1) Layer a. a. O. S. 632.
2) A. a. O. §§ 67, III; 129, III, 2; 130, II; vergl. oben S. 50.
3) Schenkel, Badisches Wasserrecht S. 38.

d. i. dem Gebrauche des Wassers durch Schöpfen mit Handgefäfsen, zum Baden, Waschen, Tränken, Schwemmen, zur Eisbahn, zum Einlegen von Flachs und Hanf, zur Durchfahrt und Viehtrift, zur Nachenfahrt, zur Einleitung des Grundwassers, des Quell- oder Tagwassers und unschädlicher Abwässer aus der Hauswirtschaft, der Landwirtschaft und dem kleingewerblichen Betriebe, durch Entnahme in Notfällen.

Durch diesen als »öffentlich« anerkannten Gebrauch wird die öffentliche Sache in den Zustand einer objektiven Zweckgebundenheit versetzt. Sie behält die Fähigkeit, Gegenstand des Sachenrechtes zu sein, nimmt aber eine besondere rechtliche Eigenschaft an, vermöge deren sie dem Sachenrechte nur innerhalb der Schranken unterliegt, die hier das öffentliche Recht dem Privatrechte setzt, um die Erhaltung des Sachkörpers für den öffentlichen Gebrauch zu sichern.[1])

Mitunter erklärt das Gesetz selbst den öffentlichen Flufs für verkehrsunfähig, so lange derselbe öffentlichen Zwecken dient.[2])

Die bedeutendste Beschränkung in ihrem Flufseigentum haben die einzelnen Bundesstaaten erfahren durch Artikel 54 Absatz 4 Reichsverfassung. Darnach dürfen auf allen natürlichen Wasserstrafsen des Reiches Abgaben nur erhoben werden für die Benutzung besonderer Anstalten, die zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt sind. Diese Abgaben dürfen die zur Unterhaltung und gewöhnlichen Herstellung der Anstalten und Anlagen erforderlichen Kosten nicht übersteigen. Auch auf die Flöfserei auf schiffbaren Wasserstrafsen finden diese Bestimmungen Anwendung. Ebenso dürfen gemäfs § 1 RG. über die Abgaben von der Flöfserei vom 1. Juni 1870 auf den nur flöfsbaren Strecken derjenigen natürlichen Wasserstrafsen, welche mehreren Bundesstaaten gemeinsam sind, von der Flöfserei mit verbundenen Hölzern Abgaben nur für die Benutzung besonderer zur Erleichterung des Verkehrs bestimmter Anstalten erhoben werden.

1) Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 20 ff.

2) § 5 bad. Wassergesetz; § 44 AG. z. BGB. für Els.-Lothr.; § 9 AG. z. BGB. für Oldenburg-Birkenfeld.

Die einzelnen Staaten sind also verpflichtet, das ihnen zustehende Flufseigentum dem Schiffs- und Flofsverkehr unentgeltlich zu überlassen. Benutzungsgebühren, die rein auf die Tatsache der Befahrung des Flusses sich stützen, Wasserzölle dürfen nicht erhoben werden.

Nichtsdestoweniger ist dieses Eigentum an öffentlichen Flüssen ein privatrechtliches, durch positive Vorschriften soweit eingeschränkt, als es das mit den Wasserläufen verbundene öffentliche und gemeinwirtschaftliche Interesse erfordert[1]); man kann es als ein durch öffentlichrechtliche Grundsätze modifiziertes Eigentum[2]) bezeichnen.

---

1) Reichsgericht in seinem Urteile vom 21. Sept. 1898 RG. XLII S. 208; Entwurf eines preufsischen Wassergesetzes samt Begründung S. 93, 128; Dorner-Seng a. a. O. S. 120.

2) Jellinek im Verwaltungsarchiv V S. 311; Randa a. a. O. S. 8.